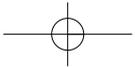
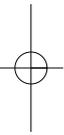

**REFLETINDO O
DIREITO E A JUSTIÇA**



Rogério Medeiros Garcia de Lima

REFLETINDO O DIREITO E A JUSTIÇA

Belo Horizonte
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
2010

REALIZAÇÃO



APOIO



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Presidente
Desembargador Sérgio Antônio de Resende

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Superintendente
Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Maria Cristina Monteiro Ribeiro Cheib

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenadora de Publicação e Divulgação de Informação Técnica
Lúcia Maria de Oliveira Mudrik

Produção Editorial

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica
Revisão
Centro de Publicidade e Comunicação Visual /ASCOM
Projeto Gráfico e Diagramação

TJMG
Rua Goiás, 229
CEP: 30190/030
Tel.: (31) 3247-8950 / 8766

Permitida a reprodução total ou parcial desde que citada a fonte

L71r Lima, Rogério Medeiros Garcia de.

Refletindo o direito e a justiça / Rogério Medeiros Garcia de Lima. -
Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.

168 p.
ISBN: 978-85-98923-04-8

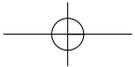
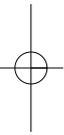
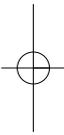
1. Direito. 2. Justiça. I. Título.

CDU: 340

Ficha catalográfica elaborada pela Cobib -
Coordenação de Documentação e Biblioteca/TJMG.

Ao Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, com amizade e o reconhecimento do profícuo trabalho realizado na direção da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Aos colegas magistrados brasileiros, com os quais compartilho a aspiração por uma Justiça estruturada e eficiente.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____	09
PREFÁCIO _____	11
Defensoria Pública e tutela dos interesses transindividuais _____	15
Arbitragem e crise judiciária _____	49
Improbidade administrativa _____	63
Ética e eficiência no âmbito dos serviços notariais e de registro _____	89
A contrapartida dos deveres _____	103
Ações afirmativas _____	105
Agências reguladoras _____	107
Assistência judiciária e déficit orçamentário _____	109
A cultura da prolixidade _____	111
Dia da Justiça _____	113
Do “coronelismo” ao banditismo _____	115
Eleição e corrupção _____	117
Estatuto da Cidade _____	119
Ética para principiantes _____	121
Fé e liberdade _____	123
Foro privilegiado e corrupção _____	125
Censura em alta _____	129

Maus pagadores _____	131
Maus pagadores privados _____	133
O novo Código Civil _____	135
Poupança violada _____	137
Previdência adormecida _____	139
Proteção ao idoso _____	141
Provimento de cargos nos Tribunais Superiores _____	143
Responsabilidade civil de empresa concessionária de serviços de telefonia —	145
Tarifas extorsivas _____	163
Terror previdenciário _____	165
Terrorismo: até quando? _____	167

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF fecha, com chave de ouro, neste período administrativo, sua tarefa de editoração, que se iniciou com a publicação da inédita pesquisa qualitativa e quantitativa realizada com os magistrados mineiros pela Fundação Getulio Vargas e que se completa com a entrega à comunidade estudiosa brasileira desta obra elaborada por um de nossos mais talentosos magistrados, a qual, certamente, se incluirá dentre as de maior interesse e de melhor nível entre as publicações sobre temas da atualidade do País.

Com efeito, a qualidade da obra logo se revela nas notas biográficas do jovem autor. O Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima é formado em Direito pela UFMG, num encontro com a sua verdadeira vocação, pois chegou a frequentar antes o curso de Medicina. Cumpriu com invulgar brilhantismo o curso de Direito, oferecendo, desde então, pujantes mostras do grande jurista que é hoje.

Integrou, por cerca de três anos, o Ministério Público Estadual à época em que este principiava o exercício de sua autonomia administrativa e financeira, onde pôde vivenciar as dificuldades desse órgão ministerial.

Fez concurso para a Magistratura mineira e, aprovado e empossado, percorreu todos os degraus da carreira, granjeando respeito e admiração nas comarcas por onde passou, até chegar ao Tribunal de Justiça, último degrau, que alcançou após cerca de vinte anos. E, certamente, a partir do momento em que o recrutamento para os Tribunais Superiores for realizado de forma séria e responsável, haverá de ser lembrado para ocupar uma das cadeiras do excelso Superior Tribunal de Justiça, justa aspiração de quem se dedica à judicatura.

Faço uma rápida análise de um dos artigos desta publicação, no qual o autor trata do recrutamento de Membros dos Tribunais Superiores, para ressaltar, sem embargo do respeito pela opinião que ele emite, que urge alteração na Constituição para evitar que o STJ continue a desfigurar o equilíbrio que se quis manter na Corte, que se diz da cidadania, ao dispor o texto constitucional que devem ser reservados, no órgão, um terço a desembargadores dos Tribunais de Justiça, um terço a desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e um terço a advogados e membros do Ministério Público.

A tendência que tem sido observada é de as listas serem formadas por meio de influências das diversas correntes de opinião que se estabeleceram no órgão, com a escolha dos mais próximos, em troca de votos, que se procede entre os diversos componentes, sendo prestigiados os recém-ingressados em Tribunais Estaduais, pelo quinto dos advogados, com o fim precípua de alçar voo mais alto, pela ligação privilegiada que possuem, a ponto de, na última lista, somente um dos integrantes ser magistrado de car-

reira, com mais de trinta anos de invejável folha de serviços prestados ao Judiciário, enquanto um dos indicados tinha menos de três anos de judicatura...

Por aí se vê a atualidade da obra e a demonstração de que o autor é magistrado destemido, dedicado e comprometido com o aperfeiçoamento das práticas adotadas no Judiciário, sobretudo nos Tribunais Superiores, que devem ser o exemplo para os outros Tribunais. É importante que se estenda para o STJ a regra de elaboração de listas com voto aberto, com explicitação dos motivos que levam os votantes a escolher os candidatos, até para dar maior credibilidade ao ato e para valorizar a investidura no elevado cargo.

O Desembargador Rogério Medeiros tem sido pródigo na sua realização profissional, porque cuida de sua missão de juiz com seriedade e se preocupa com a efetividade da prestação jurisdicional, sem descuidar da realização de trabalhos doutrinários para espargir seus conhecimentos, ministrando aulas em faculdades e proferindo palestras em congressos, simpósios e encontros jurídicos, além de publicar com certa regularidade artigos sobre temas da atualidade, em linguagem acessível, mas com rigor técnico irreprensível.

É Doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais com a tese “O Direito Administrativo e o Poder Judiciário”, que foi avaliada pela banca examinadora com a nota máxima.

O autor, nos artigos que foram selecionados para esta publicação, mostra a seriedade com que enfrenta os temas e traz considerações da maior relevância para os profissionais que atuam na área jurídica se capacitarem para o exercício da atividade profissional.

As suas observações, sempre muito sensatas, destacam os desafios que o País precisa superar, a fim de que seja efetivamente desenvolvido, livre da desigualdade e da corrupção, acolhido pelas boas práticas do seu povo, sobretudo as que incorporarem os valores éticos e morais.

Não me cabe alongar, até porque da pena do jurista é que surgem as lições sobre os assuntos tratados nesta obra.

Belo Horizonte, janeiro de 2010.

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da Escola
Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF

PREFÁCIO

Fui honrado com a sugestão do eminente Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superintendente da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes”, de publicar esta coletânea de artigos por mim elaborados no decurso da primeira década do século 21.

Os variados temas abordados convergem para a preocupação com a importância do Poder Judiciário no fortalecimento da incipiente democracia brasileira, sobretudo na atual conjuntura histórica de incremento dos denominados “direitos de terceira geração”.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, a par de instituir o Estado Democrático de Direito, é pródiga na proclamação de direitos e garantias individuais, sociais e transindividuais. Para sua efetividade, ampliou consideravelmente o acesso à Justiça e fortaleceu o Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública.

No entanto, a despeito do avanço institucional verificado desde então, ainda prevalece a assertiva de que os juristas latino-americanos - sobretudo brasileiros - deparam-se com eloquentes formulações éticas nos textos constitucionais e legislativos. Como Georges Burdeau, porém, sofrem a decepção de constatar que, nos países subdesenvolvidos, o Direito Constitucional pode ser tomado como “um conjunto formal de regras das quais a vida se ausentou” (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 31).

Ainda avulta a impunidade no Brasil. O historiador José Murilo de Carvalho sustenta que a igualdade perante a lei, entre nós, nunca passou de retórica, desde a colonização:

Em conseqüência, a impunidade, embora generalizada, aplica-se de modo diferenciado. É máxima para o cidadão de primeira classe. Ele tem recursos para não ser preso; se preso, para não ser processado; se processado, para não ser condenado; se condenado, para não ir para a cadeia; se for para a cadeia, para sair logo depois graças a algum recurso jurídico. É média para a massa de cidadãos de segunda classe, que sofre os rigores e benefícios da lei em razão proporcional aos recursos de cada um. É menor para o cidadão de terceira classe, o ‘elemento’ do jargão policial, sujeito ao arbítrio da polícia e freguês de carteirinha do Código Penal (jornal *O Globo*, 17.06.2007, p. 4).

O *brazilianist* norte-americano Kenneth Maxwell apontou recentemente a pujança econômica do Brasil na primeira década do século 21, quando conseguiu sair fortalecido da grave crise econômica mundial. No entanto, ressaltou:

Restam obstáculos, evidentemente, e eles são bem conhecidos dos brasileiros. O sistema político e judicial é disfuncional, de muitas maneiras. Os desequilíbrios em termos de interesses e de influência política regionais são bem conhecidos, mas difíceis de mudar. Muitos dos integrantes da classe política são venais (A década, *Folha de São Paulo*, 31.12.2009, p. A-2).

É preciso, pois, que a Magistratura brasileira se afirme cada vez mais como baluarte da Carta de 1988. O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, assinala que “a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal” (STF, Mandado de Segurança nº 24.458-DF, julg. 18.02.2003, *Informativo do STF* nº 298).

Joaquim Nabuco, ainda no século 19, considerava a Inglaterra o “país mais livre do mundo”. Elogiava a sintonia da Câmara dos Comuns com as oscilações do sentimento público. Maiores elogios endereçava à autoridade dos juízes britânicos:

Somente na Inglaterra, pode-se dizer, há juízes [...]. Só há um país no mundo em que o juiz é mais forte do que os poderosos: é a Inglaterra. O juiz sobreleva à família real, à aristocracia, ao dinheiro, e, o que é mais que tudo, à imprensa, à opinião. [...] O Marquês de Salisbury e o Duque de Westminster estão certos de que diante do juiz são iguais ao mais humilde de sua criadagem. Esta é a maior impressão de liberdade que fica da Inglaterra. O sentimento de igualdade de direitos, ou de pessoa, na mais extrema desigualdade de fortuna e condição, é o fundo da dignidade anglo-saxônica (In: *Minha formação*. Brasília: Editora UnB, coleção Itinerários, 1981, p. 85).

Se o século XIX foi do Legislativo e o século XX foi do Executivo, o século XXI será do Judiciário. Na nova centúria, o Poder Judiciário conciliará os atritos emergentes entre os demais Poderes constituídos. Viveremos, outrossim, a Era dos Direitos, a que se referiu Norberto Bobbio (*apud* LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 15).

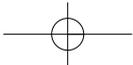
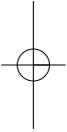
Caso falhe a Magistratura brasileira no desempenho de tão relevante mister, sucumbirá o Estado Democrático de Direito, porque proclamava Rudolf von Ihering:

Qualquer norma que se torne injusta aos olhos do povo, qualquer instituição que provoque seu ódio, causa prejuízo ao sentimento de justiça, e por isso mesmo solapa as energias da nação. Representa um pecado contra a idéia do direito, cujas conseqüências acabam por atingir o próprio Estado [...]. Nem mesmo o sentimento de justiça mais

vigoroso resiste por muito tempo a um sistema jurídico defeituoso: acaba embotando, definhando, degenerando (In: *A luta pelo direito*. Tradução de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 94-95).

Belo Horizonte, janeiro de 2010.

Rogério Medeiros Garcia de Lima



Defensoria Pública e tutela dos interesses transindividuais

“Como na canção de Milton Nascimento, a Justiça tem de ir aonde o povo está”.
(Rogério Medeiros Garcia de Lima, 2003, p. 150)

Sumário: I - Introdução. II - Cidadania, acesso à Justiça e à Defensoria Pública. III - Legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública. IV - Ação civil pública e os direitos de terceira geração. V - Enfoque jurisprudencial. VI - Conclusões. Referências bibliográficas.

I - Introdução

O acesso à Justiça é garantia conferida aos cidadãos no Estado Democrático de Direito. No entanto, sobretudo nos países subdesenvolvidos, pessoas economicamente carentes são alijadas do acesso à prestação jurisdicional. São os mesmos indivíduos aos quais o Estado denega assistência à saúde, saneamento básico, transporte, educação, emprego, previdência social, enfim, condições de existência digna.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga em proclamar garantias individuais e coletivas e estabelecer direitos sociais. Determinou ao Estado a implementação de multifárias políticas públicas com o fito de promover a dignidade da pessoa humana. No entanto, a maioria das medidas não foi implantada. Diversas delas nem sequer foram regulamentadas pelo legislador ordinário. A denominada Constituição Cidadã, nos primórdios de sua vigência, foi varrida pela voga neoliberal. Desde os anos 1990, sucessivos governos adotam o choque de liberalismo exaltado pelo finado Roberto Campos (*A reinvenção do Estado*, 1996):

A esperança que nos resta é um choque de liberalismo, através de desregulamentação e de privatização. Governo pequeno, impostos baixos, liberdade empresarial, respeito aos direitos de propriedade, fidelidade aos contratos, abertura a capitais estrangeiros, prioridade para a educação básica - eis as características do Estado desejável: o Estado jardineiro.

Os críticos da Carta de 1988 consideram ingênua a “inflação de direitos”, os quais “não cabem” no Produto Interno Bruto (PIB) do país. O “excesso de direitos” corresponde às aspirações sociais, cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos e da inserção do Estado na economia mundial. São variáveis estranhas ao Direito. É o que destaca Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 4):

Para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.

Mais do que isso, em certos momentos, como ocorreu nos anos 80 com o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, a multiplicação de direitos, particularmente os direitos sociais, seria um fator de perda de competitividade dos Estados, na medida em que tais direitos imporiam a criação e manutenção de pesadas e dispendiosas estruturas de serviços públicos de saúde, educação etc.

Deve-se, desde logo, relativizar a tradução dessa situação para os países periféricos na economia mundial, tendo em vista que neles não é o Estado social, mas a falta dele, uma das responsáveis pela pequena competitividade.

O neoliberalismo, antes de solucionar os problemas macroeconômicos do Brasil, agravou as carências sociais do país. Como já proclamou Alain Touraine, a prioridade atual é reconstruir o sistema político e abandonar a perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos. Essa ideia, do ponto de vista político, é bastante insatisfatória. O desemprego em massa, a queda do nível de vida para muitos e o aumento das desigualdades não são apenas variáveis econômicas: significam, sobretudo, vidas e sofrimento (LIMA, 2002, p. 38).

Nesse quadro de carências, avulta o papel do Poder Judiciário. Com efeito, verificou-se verdadeira “explosão” de ações judiciais após o advento da Constituição de 1988. Fortalecida a cidadania, as pessoas procuram mais os tribunais (VELLOSO, *Revista Cidadania e Justiça*, 4/94-111). O controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (GARAPON, 1999, p. 24). Gaudêncio Torquato destaca o fenômeno “judiciocracia”, democracia feita sob obra e graça do Poder Judiciário (*A “judiciocracia” ameaça?*, 2007):

A tendência de maior participação dos tribunais em ações legislativas e executivas decorre da própria ‘judicialização’ das relações sociais, fenômeno que se expressa de maneira intensa tanto em democracias incipientes quanto em modelos consolidados, como os europeus e o norte-americano, nos quais os mais variados temas envolvendo políticos batem nas portas do Judiciário.

As atenções se voltam para a prestação jurisdicional. Maria Celina D’Araújo aponta o florescimento da pesquisa acadêmica sobre o Poder Judiciário, após a redemocratização em vários países da América do Sul (*Revista de Administração Pública*, v. 35, p. 145-166). Segundo a cientista política:

A Justiça deve ser um agente ativo na consolidação da democracia, e a democratização inclui necessariamente uma nova visão de direitos e acesso à Justiça [...]. As ditaduras estiveram presentes na maior parte dos paí-

ses sul-americanos na segunda metade do século XX, deixando como saldo um retrocesso em várias esferas das liberdades e das garantias individuais. É contra este déficit de direitos que esses países se posicionam hoje, procurando consolidar formas tradicionais e criar novas modalidades institucionais que ajudem na demanda reprimida por direitos e que auxiliem na construção de uma democracia igualitária.

Nesse contexto, é alvissareira a edição da Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a qual atribuiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública.

O presente ensaio versará o tema a partir da evolução da cidadania e do acesso à Justiça no Brasil. Enfocará a origem e a atual configuração institucional da Defensoria Pública. A legitimação ativa do órgão para propor ações civis públicas merecerá reflexões doutrinárias, *pari passu* com a evolução dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações e dos instrumentos processuais a eles correlatos. Por derradeiro, espelharemos a jurisprudência sobre o tema e elaboraremos uma síntese conclusiva.

II - Cidadania, acesso à Justiça e à Defensoria Pública

O vocábulo “cidadão” designa o indivíduo na posse dos seus direitos políticos. “Cidadania” é a manifestação das prerrogativas políticas que um indivíduo tem no Estado Democrático. Consiste, portanto, na expressão da qualidade de cidadão e no direito de fazer valer as prerrogativas que defluem do regime democrático (BASTOS, 1994, p. 19-20).

Consoante José Murilo de Carvalho (1995, p. 10-11):

Cidadania é também a sensação de pertencer a uma comunidade, de participar de valores comuns, de uma história comum, de experiências comuns. Sem esse sentimento de identidade coletiva - que conferem a língua, a religião, a história -, não será possível a existência de nações democráticas modernas. A identidade nacional quase sempre se acha estreitamente vinculada aos direitos, sobretudo os civis. Porém é mais do que a soma dos direitos, é como a argamassa que une entre si os indivíduos e mantém unida a comunidade em momentos de crise. Identidade nacional e cidadania, sem confundir-se, reforçam-se mutuamente.

A ideia de cidadania se consolidou com o triunfo da Revolução Francesa, a partir da qual a política se transformou em “coisa pública” (RÉMOND, 1976, p. 130-131). O Estado moderno reconhece como pessoa todo indivíduo, a ele submetido. Indivíduos submetidos ao Estado participam da constituição e exercem funções como sujeitos. São, portanto, titulares de “direitos públicos subjetivos” (DALLARI, 1995, p. 84).

Nos países latino-americanos, o desenvolvimento da cidadania não seguiu o modelo inglês. No Brasil colonial, escravidão e latifúndio não foram bons antecedentes para a formação de futuros cidadãos. A Independência não trouxe a conquista imediata dos direitos de cidadania. A herança colonial era muito negativa, e o processo de emancipação, bastante suave, não permitiu mudança radical. Apesar das expectativas, poucas coisas mudaram com a Proclamação da República em 1889. Na Primeira República, governaram oligarquias estaduais (CARVALHO, 1995, p. 10-31). A despeito da evolução social operada no decorrer do século 20, chegamos à Constituinte de 1988 com enorme débito a resgatar. Na ocasião, ressaltava o cientista político Paulo Sérgio Pinheiro (1985, p. 55 e 68):

Os direitos civis dos cidadãos não podem continuar recebendo o tratamento formalista da tradição brasileira, limitado à referência retórica, mero disfarce para uma hegemonia das classes dominantes sempre escorada na violência aberta. A ditadura instalada pelo golpe de estado de 1964 aprofundou de maneira dramática a opressão e a violência do Estado sobre as classes populares [...].

O que está em causa é a ruptura da concepção de que a função fundamental do Estado é controlar o povo. A democracia pressupõe, ao contrário, o controle do Estado pelo povo. Se quisermos romper com o autoritarismo pacificamente, as condições do controle democrático do Estado devem ser definidas. E não há melhor começo do que assegurar a proteção contra a opressão, o arbítrio, a discriminação, que há tantas décadas se abatem sobre a maioria da população. O desafio principal é promover essa nova relação de controle do povo sobre o Estado, assegurando a cidadania plena a todos.

Em termos de acesso à Justiça, salientou o Desembargador gaúcho Cláudio Baldino Maciel, então Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (*Revista Cidadania e Justiça*, v. 11, p. 253):

Os brasileiros, que em boa parte não têm acesso a um mínimo sistema de saúde e de educação, estão longe também do acesso pleno ao Judiciário, o que perfaz imensa dívida social e dramático débito de cidadania em nosso País. [...] O Judiciário deve estar a serviço da cidadania, de todos os brasileiros, sem exceção. Estamos assim legitimados a indagar por que milhões de brasileiros nunca demandaram em juízo por seus direitos, mesmo vendo-os violados. Devemos todos voltar os olhos para essa questão crucial, sem cinismo e em nos desviarmos de suas causas. Veremos, então, que mais de cinquenta milhões de brasileiros estão, segundo pesquisa recente, abaixo da linha de pobreza. A que tipo de Justiça terão acesso se não possuem o suficiente para matar a fome, se não têm qualquer consciência de seus direitos? E quando a têm, dificilmente terão acautelado os seus interesses por falta, no mais das vezes, de mínima informação. A mi-

séria impõe-lhes toda sorte de obstáculos à educação formal em níveis de suficiência para o exercício da cidadania.

Em Minas Gerais, no século 18, a Inconfidência Mineira teve como promártir o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. A fracassada sedição foi investigada pela Devassa. Ao final das investigações, a Alçada, constituída para o julgamento dos inconfidentes presos, nomeou defensor o advogado da Casa de Misericórdia, José de Oliveira Fagundes. O trabalho do combativo Fagundes foi árduo, como registra Pedro Paulo Filho (1989, p. 452-453):

Dentre as dificuldades de Fagundes, revela notar aquela oriunda da defesa conjunta de todos os acusados, embora conflitantes os seus interesses processuais; a outra, decorria do exíguo tempo de cinco dias para preparar todo um ingente trabalho e ainda a dificuldade decorrente da impossibilidade que teve Fagundes na preparação da defesa, impossibilitado de recolher dos próprios réus notícias e pormenores que lhes ajudassem na defesa.

A defesa escrita pelo dr. Fagundes, procurando livrar os 29 réus das severas penas previstas, honra, pois, sob o ponto de vista da cultura jurídica e da dedicação devida aos pacientes. Possui estrutura digna de seguro argumentador, revela conhecimento das obras dos grandes juristas do seu tempo, examina e busca rebater as acusações e parte para diminuir as dimensões do movimento. Honrou seu título de bacharel, conseguido em Coimbra em 1778. Mostrou-se à altura do *munus* de que o encarregaram. Em conseqüência, não fuge da verdade histórica afirmar que nem sempre se tem louvado suficientemente esse advogado. A preocupação em exaltar os conjurados, embora legítima, deixou em relativo, mas lamentável e imerecido esquecimento, por parte dos historiadores, o advogado que honrou a sua classe, quando sombrias apreensões angustiavam a vida pública brasileira.

O constitucionalista mineiro Ricardo Fiúza (1991, p. 156-164) assinala que Fagundes atuou no processo como verdadeiro “defensor público” e recebeu do Erário Régio honorários de 200\$000. A leitura dos Autos da Devassa revela:

Mesmo depois de tornada pública e aplicada (a sentença), não se satisfaz o advogado com as graças concedidas e continuou recorrendo, inclusive após a morte de Tiradentes, conseguindo, ainda, maior redução nas penas de degredo.

A assistência judiciária, ainda de forma rudimentar, passou a ser disciplinada pela legislação no fim do século 19 (MIOTTO, 1977, p. 40-44). No Brasil, a Constituição Federal de 1934, art. 113, nº 32, consagrou a assistência judiciária aos necessitados como dever do Estado (SILVA, 2000, p. 115-116). O art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988 a incluiu entre as garantias individuais e coletivas: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A Lei Federal nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Disserta Cândido Dinamarco (2001, v. 2, p. 671):

A assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o *ingresso em juízo*, sem o qual não é possível o acesso à Justiça, a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes à defesa judicial de direitos e interesses. Sabido que o processo custa dinheiro, inexistindo um sistema de Justiça inteiramente gratuito onde o exercício da jurisdição, serviços auxiliares e defesa constituíssem serviços honorários e, portanto, fossem livres de qualquer custo para o próprio Estado e para os litigantes, para que os necessitados possam obter a tutela jurisdicional é indispensável que de algum modo esse óbice econômico seja afastado ou reduzido. Daí a busca de meios para suprir as deficiências dos que não têm.

Uma das famosas *ondas renovatórias* que vêm contribuindo para a modernização do processo civil, adequando-o à realidade social e contribuindo para a consecução de seus escopos sociais, é precisamente aquela consistente em amparar pessoas menos favorecidas. A assistência judiciária integra o ideário do 'Armenrecht', que em sentido global é um sistema destinado a minimizar as dificuldades dos pobres perante o direito e para o exercício dos seus direitos (Grifos no original).

Mauro Cappelletti e Bryanth Garth (1988, p. 22-24) identificaram barreiras a ser superadas para os indivíduos hipossuficientes terem efetivo acesso à Justiça:

- 1) necessidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível;
- 2) aquisição de conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda; e
- 3) disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. E acrescentaram:

Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. (Um) estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que 'até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado'. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.

Também defendem a simplificação do Direito (1988, p. 156):

Nosso Direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores, nos quais a sim-

plificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à Justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.

A Constituição Federal de 1988, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, também dispôs sobre a Defensoria Pública:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

A despeito da relevância social da Defensoria Pública, o Poder Público não se desincumbe da obrigação de garantir os recursos necessários ao satisfatório funcionamento da instituição. É considerada a “prima pobre da Justiça”. Os defensores públicos recebem vencimentos aviltantes:

As maiores diferenças ocorrem em Minas Gerais e no Pará. Enquanto os promotores de Justiça mineiros em início de carreira recebem R\$ 18.957,64, os defensores, no mesmo estágio, recebem R\$ 3.160,32. No Pará, ao final da carreira, os defensores ganham R\$ 2.734,09; os promotores, R\$ 22.111,25. [...]

A Defensoria Pública está longe de atingir seu objetivo constitucional de garantir o acesso da população carente ao Judiciário. Prevista na Constituição desde 1988, ela ainda não existe em todos os Estados do país e não abrange nem 40% das comarcas.

A situação é mais grave nos Estados em que os indicadores sociais são mais baixos. Considerados sete Estados nessa condição (Acre, Alagoas, Bahia, Maranhão, Paraíba, Piauí e Sergipe), apenas 35,9% de suas comarcas têm Defensoria.

O trágico da situação é que os Estados com indicadores sociais mais baixos são justamente aqueles onde a maior parte da população é o público-alvo da Defensoria Pública’, diz André Castro, coordenador do Diagnóstico das Defensorias Públicas, estudo da Secretaria Nacional da Refor-

ma do Judiciário a ser lançado na sexta. ‘Constitucionalmente, cada comarca deveria ter um juiz, um promotor e um defensor público. Essa é a única forma de tornar efetivo o princípio de que todos devem ter acesso à Justiça’, afirma Castro.

Onde não há defensor, é comum o juiz designar um advogado para cumprir a função. Muitos Estados também fazem convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil. Em geral, porém, o advogado só atua quando o pobre é réu. Assim, quando a população carente busca orientação ou precisa mover uma ação, ela fica órfã (Fonte: *Folha de São Paulo*, edição de 03 de dezembro de 2006, p. A-24-25).

Em 2001, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio discursou:

Convém estimular a mudança de atitude do Poder Judiciário que, em paralelo com a organização da sociedade civil, deve compreender a democracia participativa como o melhor e mais adequado meio para a definição de novas diretrizes. Impõe-se a reorientação do Judiciário nacional, para exercer ativamente atribuições que possibilitem a realização do objetivo principal e último: a concretização inquestionável, e não apenas teórica, virtual, da garantia de acesso a Justiça a todos, indistinta e eficazmente, sem o que qualquer democracia não passa de caricato arremedo ou mera utopia.

Senhores, para quem esperava um discurso de posse, lanço aqui um manifesto de mobilização dos operadores do direito e de todo o corpo social, em favor da alteração de mentalidade do Poder Judiciário e da própria comunidade jurídica, para que participem conosco ativamente da reflexão sobre a urgência desta tarefa, sobre o modo como poderá ser realizada, bem como os valores nos quais se assentará. Cada um há de agir no âmbito do próprio mister: as faculdades de direito, na pesquisa e definição teórica, no ensino da ética e da filosofia que deverão nortear, agora e no futuro, a aplicação do direito em novos tempos, para tanto, contando com o entusiasmo, o idealismo e o labor incessante dos doutrinadores, verdadeiros artífices do conhecimento como condição intrínseca do progresso e, assim, do bem-estar geral; o combativo Ministério Público e a Defensoria Pública, na proteção da sociedade e dos hipossuficientes; a Ordem dos Advogados, na definição de causas em que possível incluir pleitos ainda inéditos no Judiciário; os juízes, materializando o ideal de Justiça e, desse modo, honrando a missão sagrada de julgar os conflitos de interesses postos ao seu discernimento, sem cuidados outros com ideologias de ocasião ou eventuais repercussões neste ou naquele segmento social, mas tendo em vista sobretudo o ministério que elegeu: dar a cada qual o que de direito (Discurso de posse, Brasília, 31.05.2001).

Alvissareiramente, a mais alta Corte brasileira declarou inconstitucional dispositivo da Lei do Estado de Pernambuco nº 12.755/05, que criou a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos. A alínea c, inciso IV, art. 2º, da lei pernambucana vinculou a Defensoria Pública do Estado àquela Secretaria. Para o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, a Emenda Constitucional nº 45/2004 não conferiu à Defensoria Pública a iniciativa legislativa para a criação de cargos. Nesse ponto, permanece a instituição vinculada ao Poder Executivo estadual. No entanto, cessa aí a vinculação admissível:

Ao contrário do alegado pelo requeridos, a norma inscrita ao supratranscrito art. 134, parágrafo 2º, da Constituição Federal é auto-aplicável e de eficácia imediata, haja vista *ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos* (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.569, Min. Sepúlveda Pertence. Fonte: Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 02 abr. 2007. (Grifei).

III - Legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública

A Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterou a redação do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a fim de incluir a Defensoria Pública entre os entes legitimados para a propositura da ação civil pública.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 313-316), trata-se de legitimação especial dotada de contornos próprios. Destinam-se estes, em nova conjuntura histórica, à defesa apropriada dos direitos novos ou dos direitos já existentes, vistos sob nova e diferente dimensão:

Sob este prisma, Nelson Nery Jr., com apoio na doutrina alemã, procura resolver a discussão sobre a natureza da legitimação para as ações coletivas, entendendo existir, em sede de ações coletivas, verdadeira *legitimação autônoma* para a condução do processo. Por sua vez, Thereza Alvim se refere à legitimação coletiva genérica e à *legitimação coletiva institucional*, esta última relativa à legitimidade do Ministério Público. (Grifos no original) Em nosso entender a situação é mesmo daquelas em que *não se pode buscar apoio nos conceitos aplicáveis ao processo civil tradicional*. Rigorosamente se trata de buscar um novo *'modelo' de legitimação*, sendo pertinente, a nosso ver, sua caracterização como *legitimação autônoma*. O mesmo se há de dizer da legitimação da Defensoria Pública, cuja *legitimação é institucional*, decorrendo da incumbência que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 134) (Grifos nossos).

No tocante à amplitude da novel legitimação, os consagrados processualistas lembram que a jurisprudência já admitia a legitimidade ativa da Defensoria Pública, com fulcro no art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo considera legitimados para propor ação civil pública entidades e

órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos de consumidores (nesse sentido, aresto do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 555.111-RJ, Min. Castro Filho, *DJU* de 18.12.2006).

Reportam-se à incumbência constitucional da Defensoria Pública, prevista pelo art. 134 da Constituição de 1988, da “defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º. LXXIV”. A citada garantia constitucional estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Daí concluem (ob. cit., p. 312-313):

O ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública, assim, deverá amoldar-se ao disposto nos preceitos constitucionais citados. Interpretação extensiva do inc. II do art. 5º da Lei 7.347/1985, além de contrariar os arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição, poderia ensejar o desvirtuamento da ação civil pública, permitindo que esta se desviasse de sua missão constitucional, movendo ações para a tutela de direitos supra-individuais que não digam respeito aos necessitados.

Corretamente, a propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal que ‘norma estadual que atribui à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente, em razão do regular exercício do cargo, extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV’ (STF, ADIn 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 04.03.2005). O inc. II do art. 5º da Lei 7.347/1985, de igual modo, deve ser interpretado em consonância com o que dispõem as normas constitucionais que delimitam as atribuições da Defensoria Pública.

Exemplificativamente, tem a Defensoria Pública, assim, legitimidade para ajuizar ação para a proteção de menores carentes (STJ, 2ª T., REsp 684.594/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.09.2005, *DJ* 10.10.2005, p. 318; cf., também, art. 141 da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/1994) ou de pessoas necessitadas que precisem de medicamentos (cf. STJ, 2ª T., REsp 672.871/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 485).

Assim, por exemplo, não tem a Defensoria Pública legitimidade para postular ‘a suspensão de aumento de alíquota de imposto de importação de veículos automotores importados’, pois, assim agindo, ‘não está prestando assistência judicial aos necessitados, assim considerados na forma da lei’. Este entendimento, manifestado em julgado proferido antes da reforma ora comentada (TRF-1ª Reg., 4ª T., Ap. Cív. 9501349560/DF, Rel. Des. Ítalo Mendes, j. 14.09.2000, *DJ* 26.01.2001, p. 16), deve ser observado, a nosso ver, também à luz da nova redação do art. 5º da Lei 7.347/1985. É que, não fosse assim, se permitiria a atuação da Defensoria em favor de quem não é necessitado, o que ensejaria evidente inconstitucionalidade.

IV - Ação civil pública e os direitos de terceira geração

Superamos os paradigmas do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar. A concepção clássica do liberalismo coloca barreiras ao arbítrio estatal, sem que sejam impostas ao Estado prestações positivas. No modelo do *Welfare State*, permanece contido o arbítrio estatal, mas ao mesmo tempo é imposta ao Estado a execução de tarefas às quais antes não estava obrigado (GORDILLO, 1977, p. 74).

O Estado de Direito incorporou instrumentos democráticos, permitiu a participação do povo no exercício do poder e manteve o objetivo inicial de controlar o Estado. Desde a promulgação da Constituição de 1988, vivemos sob o Estado Democrático de Direito, o qual apresenta as seguintes características: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) onde o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) onde a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 1997, p. 50-53).

Paralelamente aos paradigmas de organização política do Estado, definem-se direitos de primeira geração (individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e direitos de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais e do consumidor, dentre outros (Cf. CARVALHO NETO, nota técnica, 1999). A qualificação foi adotada por Norberto Bobbio, na obra *A era dos direitos* (1996). Autores contemporâneos reportam-se aos direitos de quarta geração, ligados às novas tecnologias, *v.g.*, o biodireito (OMMATI, 2005, p.143).

Pari passu com a evolução dos direitos materiais, evoluiu o conceito de acesso à Justiça. A concepção se alterou ao sabor das ideias políticas dominantes. Nos Estados Liberais Burgueses, no curso dos séculos 18 e 19, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia individualista dos direitos, então vigorante. Era apenas formal, não efetivo, o direito de acesso à Justiça. Embora considerado direito natural, o acesso à prestação jurisdicional não era obrigação imposta ao Estado. Como qualquer outro bem do sistema *laissez-faire*, o acesso à Justiça somente era permitido a quem pudesse arcar com os ônus financeiros. A proclamada igualdade era apenas formal, mas não efetiva.

Abandonada gradualmente a concepção individualista dos direitos, passaram a ser consagrados nas Constituições os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos: direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Prosseguem Capelletti e Garth (1988, p. 9-12):

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à Justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos

individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

Fenômeno correlato ao surgimento dos novos direitos é a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Iniciada na Alemanha e Itália, irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (BARROSO, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 21). O jurista italiano Pietro Perlingieri registra (2002, p. 6):

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Entre nós, assinala Luís Roberto Barroso (*Revista de Direito Administrativo*, 240/21-22):

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedentes, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil - como alhures - o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a a descodificação do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição: 'a) DIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); b) INDIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do direito, ainda que não seja por ela explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais'.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Em seara processual, os instrumentos do processo civil clássico, estruturalmente individualistas, tornaram-se insuficientes para satisfazer às necessidades contemporâneas. Era preciso reestruturá-los para estabelecer equilíbrio entre os que se defrontam na ordem jurídica. A evolução da sociedade propiciou a identificação de bens jurídicos até então desconsiderados pelas ordens jurídicas e em torno dos quais não emergiam controvérsias. Surgiu a categoria dos interesses e direitos difusos, relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Exauriu-se, a dogmática clássica, inspirada no individualismo jurídico. Era insuficiente para satisfazer às necessidades contemporâneas, na medida em que surgia a consciência coletiva reivindicante da proteção àqueles novos direitos (ARRUDA ALVIM, *Revista Ciência Jurídica*, 51/24-42).

Na dicção de Capelletti (1989, p. 22-23):

As sociedades industriais avançadas têm em comum uma característica que pode ser sintetizada em uma palavra pouco estética, mas expressiva: ‘massificação’. Assim como a economia é caracterizada pela produção de massa, distribuição de massa, consumo de massa, assim também as relações, os conflitos, as exigências sociais, culturais e de outra natureza têm assumido, seguidamente, um caráter largamente coletivo, antes que meramente individual. Sempre mais freqüentemente, até uma só ação humana pode ser prejudicial a vastos grupos ou categorias de pessoas, com a conseqüência de mostrar-se totalmente inadequado o esquema tradicional do processo judiciário, como litígio entre duas partes. [...] Profunda metamorfose teve ou está tendo lugar, não apenas no campo dos conceitos e das estruturas tradicionais do *judicial process*, mas igualmente no próprio papel do Juiz moderno.

Kazuo Watanabe consagrou o acesso à Justiça não mais como mero acesso aos tribunais. É preciso assegurar o acesso à ordem jurídica justa, dotada dos seguintes requisitos: a) direito à informação; b) direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) direito ao acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juizes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e e) direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características (GRINOVER, 1996, p. 9-10).

Irrompem, em torno dos direitos de terceira geração, conflitos metaindividuais. Os interesses ou direitos difusos, segundo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078 de 11.09.90, art. 81, parágrafo único, inciso I), são “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Esclarece Hugo Nigro Mazzilli (1977, p. 4-5):

Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São *como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*.

[...] O objeto do interesse é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio-ambiente hígido, posto compartilhada por número indeterminado de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade (Grifos no original).

Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 15-17) discorre sobre a origem da denominação ação civil pública:

Trata-se de ação 'civil', vale dizer: 'não-penal', podendo-se, portanto, alcançar o seu conteúdo por exclusão. [...] Ação civil pública passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos.

E, por fim, Sérgio Sahione Fadel fornece esboço histórico em torno daquela modalidade de ação (*Revista In Verbis*, nº 2, 1996):

O instituto foi inspirado no modelo, concebido pelo direito norte-americano, da *class action*, que é, nos Estados Unidos, o instrumento adequado à tutela dos interesses coletivos e destinado à defesa de grupos de pessoas ou segmentos sociais com idênticos direitos, apresentando, o mais das vezes, a característica de serem incindíveis.

Serve ainda a ação civil pública para tutelar os direitos individuais homogêneos indisponíveis quando as vítimas do evento danoso, por qualquer motivo, não tenham meios de os reclamar, ou por falta de condições de custearem sozinhas as despesas com a demanda, ou por serem de pequena monta os prejuízos reclamados, não compensando a propositura de ações individuais. Mostra RONALDO CUNHA CAMPOS (*Ação civil pública*. Aide Editora, 1985, p. 84) que, 'ao ver da doutrina, a *class action* torna viável a consideração de pequenas pretensões que apenas quando somadas tornam-se relevantes. Isoladamente seria inviável o aforamento do pedido. Contudo, se a decisão proferida atingir um grande número de titulares destas pequenas pretensões, teríamos uma ação viável'. ADA PELLEGRINI GRINOVER (*O novo processo do consumidor*, *Revista de Processo*, nº 62, p. 142) refere que a origem da ação civil pública, ao prever a defesa coletiva dos direitos individuais, está na *class action*: 'A *class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença da classe.

A ação civil pública foi regulamentada no Brasil pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Consoante Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 87) e seu advento supriu a necessidade de tutelas aos direitos transindividuais e individuais, lesados em massa no nosso país:

A ação civil pública é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos que podem ser lesados nas relações como a de consumo, onde os danos muitas vezes são individualmente insignificantes, mas ponderáveis em seu conjunto. A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (por exemplo, as grandes empresas). Além disso, as ações coletivas são muito importantes para a participação do povo - ainda que através das associações - no poder, já que o dinamismo contido na participação política necessita de instrumentos - como as ações coletivas - para poder frutificar.

É correto dizer que nós já temos um processo civil capaz de permitir a tutela jurisdicional adequada dos conflitos próprios da sociedade de massa. O sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos é integrado, fundamentalmente, pela Lei 7.347/85 - a Lei da Ação Civil Pública - e pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) deu enorme alento à ação civil pública e conferiu contornos mais precisos ao seu objeto (MANCUSO, 1996, p. 34). “Se temos hoje vida societária de massa e direitos de massa, é preciso dispor também de um processo de massa” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 46).

O surgimento da ação civil pública incrementa a cultura de tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos. Contribuí, assim, para superar a concepção privatista, individualista e patrimonialista do Direito (BUCCI, 2006, p. 32). Outrossim, propicia o acesso à prestação jurisdicional para titulares de interesses minoritários desprotegidos, como assinala Carlos Alberto de Salles (2006, p. 180-181 e 190):

Ações em matéria ambiental, por exemplo, envolvem custos especialmente elevados. O meio ambiente está relacionado a problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação. A defesa judicial do meio ambiente implica questões de conhecimento técnico e científico, de informação imperfeita, de risco substancial, de partes numerosas, de múltiplas possíveis alternativas, de pluralidade de centros de decisão e de oportunidades para efeitos de natureza distributiva [...].

Nessa situação, a atuação do Ministério Público terá o significado de proteger aqueles interesses minoritários com reduzidas condições de se organizar e levantar recursos para promover a sua defesa (*mutatis mutandis*, a reflexão inclui a atuação da Defensoria Pública).

Com acuidade, de resto, nossos tribunais descortinaram o benefício para a celeridade da prestação jurisdicional:

O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou a contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 98.286-SP, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 23.03.1998).

A substituição processual dos lesados faz possível utilizar-se a ação civil pública, com grande proveito social, evitando-se a pulverização de inúmeras ações individuais contra a mesma empresa, com a mesma prova e objeto comum (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 318.060-7, Juiz Brandão Teixeira, *DJMG* de 16.10.2001, expediente da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais).

No entanto, Ada Pellegrini Grinover (*Revista de Processo*, 96/36) lamentou a edição posterior de legislação tendente a diminuir a eficácia da ação civil pública, limitar o acesso à Justiça, frustrar o movimento associativo e reduzir o papel do Poder Judiciário:

A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas-mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos.

V - Enfoque jurisprudencial

Acerca da ação civil pública, existe vasta jurisprudência consagrada pelos tribunais pátrios.

Sobre a legitimação ativa do Ministério Público, transcrevemos: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública para defesa de direitos do consumidor” (Superior Tribunal de Justiça, Medida Cautelar nº 1.898-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, *DJU* de 21.02.2000).

Para os tribunais brasileiros, o *Parquet*, em matéria consumerista, poderá ajuizar ação civil pública: 1) para impedir práticas abusivas nas cobranças de serviços e produtos que os bancos oferecem aos usuários, principalmente no que diz respeito à imposição de juros abusivos nos contratos de adesão, sendo que a investigação preliminar não afeta a garantia do sigilo bancário (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 207.310-DF, Relator Ministro Vicente Leal, *Informativo STJ*, nº 75, outubro de 2000); 2) para coibir empresa comercial de utilizar cláusulas abusivas e anular cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para aquisição de imóveis em suas futuras contratações ou compeli-la a fazer a necessária adequação (Superior Tribunal de

Justiça, Recurso Especial nº 168.859-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* de 23.08.1999; Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 188.803-9, Relator Juiz Tibagy Salles, *DJMG* de 12.03.1996); 3) para a defesa dos interesses de compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, em face da inadimplência do parcelador na execução das obras de infraestrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 137.889-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, *DJU* de 29.05.2000); 4) para coibir a veiculação de propaganda enganosa (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 150.436-7, Relator Juiz Quintino do Prado, *DJMG* de 19.11.1993); 5) para impedir a majoração de preços das mensalidades de plano de saúde (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 286.732-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJU* de 12.11.2001); 6) para anular cláusulas consideradas abusivas de contrato de prestação de serviço médico-hospitalar (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Ap. 024 950097188, Relator Des. Antônio J. Miguel Feu Rosa, *Revista dos Tribunais*, v. 752, junho de 1998, p. 293); 7) para a defesa dos direitos de usuários de transporte coletivo urbano (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 219.768-0, Relator Juiz Wander Marotta, *DJMG* de 12.12.1996); 8) para a defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento de ensino (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 163.231-3-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 14.08.2001); 9) para a defesa de alunos contemplados pelo crédito educativo concedido pelo Governo Federal (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 33.897-MG, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 23.08.1996); 10) para compelir empresa prestadora de serviços de televisão a cabo a modificar os planos destinados aos consumidores e a reembolsá-los das dos gastos com a respectiva alteração e majoração de preços (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Emb. Infring. na Ap Cív nº 263.306-11/01, Relator Juiz Jarbas Ladeira, *DJMG* de 11.04.2000); 11) para responsabilizar massa falida por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários (Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 15.149.4/9-00, Relator Des. Franciulli Netto, *Revista dos Tribunais*, v. 753, julho de 1998, p. 209); e 12) para revogar mandatos outorgados a advogados, anulando o contrato de prestação de serviços profissionais que contém cláusula abusiva (Tribunal de Justiça de São Paulo, AR 77.501.4/0, Relator Des. Brenno Marcondes, *Revista dos Tribunais*, v. 769, novembro de 1999, p. 203).

Transcrevo, na íntegra, ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal:

A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Por isso mesmo, detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção

do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido de capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal (Recurso Extraordinário nº 163.231-3-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 14.08.2001).

No tocante às entidades de defesa do consumidor, nossos pretórios entendem legitimados para a propositura da ação civil pública o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, para a cobrança de diferença de rendimento de cadernetas de poupança (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. 580.262-4, Juiz Edson Jorge, *Revista dos Tribunais*, v. 722, dezembro de 1995, p. 183, e a Associação de Consorciados, visando à defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de seus associados (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. 775.115-1, Juiz Luiz Antonio de Godoy, *Revista dos Tribunais*, v. 770, dezembro de 1999, p. 269).

Instigante julgado protege os consumidores contra o superendividamento:

Ação civil pública. Liminar. Propaganda enganosa. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público, visando a coibir publicidade enganosa capaz de induzir a erro o consumidor sobre taxas e encargos de empréstimo consignado. Ausência de informação prévia e adequada ao consumidor. Verossimilhança das alegações com deferimento de liminar obrigando os bancos réus a divulgar a taxa de juros do empréstimo consignado em folha de pagamento para aposentados e pensionistas do INSS e, também, do valor dos impostos e demais encargos a que ficam obrigados os mutuários. Liminar concedida e mantida em grau de recurso, com redução apenas do valor da multa diária. Recurso provido em parte (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 2006.002.13233, Des. Paulo Gustavo Horta, j. em 19.09.2006).

Em torno das denominadas políticas públicas, coligimos:

Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (cf. art. 211, § 2º). Recurso improvido.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV) o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com

apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-SP, Relator Min. Celso de Mello, DJU de 03.02.2006).

Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimatío ad causa* do *Parquet*. Art. 127 da CF/88. Arts. 7º, 200, e 201 da Lei nº 8.069/90. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que:
'É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los

a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’.

Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

7. Outrossim, a Lei nº 8.069/90, nos arts. 7º, 200 e 201, consubstancia a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’.

8. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do Eg. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18.04.2005; REsp nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.06.2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18.09.2000).

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

‘Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade’.

10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

11. Consagrado, por um lado, o dever do Estado, revela-se, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e a transindividualidade do direito em foco ensejam a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação [sic] das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto, no Regime Democrático e no Estado de Direito, o Estado soberano submete-se à própria Justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la, ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas se subsumem a burocracias nem sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa ‘fila de espera’, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, caso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004.

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu *verbis*:

‘Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (cf. art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche

(CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina.

21. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 736524-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03.04.2006).

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o cabimento da ação civil pública para obrigar Municípios a: a) implantar políticas públicas de defesa da criança e do adolescente, inclusive portadoras de necessidades especiais (Agravo de Instrumento nº 70016949539, Rel.^a Des.^a Maria Berenice Dias, j. em 1º.11.2006; e Agravo de Instrumento nº 70016795007, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 10.10.2006); b) implantar centros residenciais de cuidados intensivos para idosos (Embargos de Declaração nº 70014835268, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. em 14.06.2006); e c) garantir transporte escolar gratuito, diante da universalização do ensino obrigatório (Apelação em Reexame Necessário nº 70006700033, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva Wellington Pacheco Barros, j. em 15.03.2006).

Lamentavelmente, contudo, reiterados julgados repelem o cabimento da ação civil pública em matéria tributária:

Ministério Público. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo-MG. Exigibilidade impugnada por meio de ação pública, sob alegação de inconstitucionalidade. [...] Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária, cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 213.631-0-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 07.04.2000).

Processo civil e tributário. Recurso especial. Termo de acordo de regime especial (TARE), celebrado pelo Distrito Federal. ICMS. Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público. Inadequação da via eleita. Defesa de interesses disponíveis e divisíveis. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85. ADIn nº 2.440-0. Defesa de contribuintes que não se confunde com defesa de consumidores. Entendimento consolidado na assentada de 26.09.2006 (REsp 855.691-DF).

1. Diz o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85): ‘Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados’.

2. O pressuposto de nulificação do TARE diz respeito à pretensão tributária, o que é vedado ao Ministério Público objetivar por meio da ação civil pública. Interesses de contribuintes não se confundem com os de consumidores. Precedentes.

3. ‘A premissa do pedido do Ministério Público de que a estratégia fiscal, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a *legitimatío* do *Parquet* com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular pretensões que envolvam tributos (Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001)’ (REsp 691.574/DF, Min. Luiz Fux, *DJ* de 17.4.2006).

4. No tocante à divergência jurisprudencial, tem-se que formalmente se encontram colmatadas às exigências do art. 255 do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, do CPC. Todavia, aplica-se a Súmula 83/STJ. Jurisprudência pacificada no julgamento do REsp 845.034/DF, afetado à Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 848.810-DF, Rel. Min. Humberto Martins, *DJU* de 26.03.2007).

No referente à sucumbência, anotamos:

Processual civil. Ação civil pública. Danos ambientais. Ministério Público figurando como autor da demanda. Pretensão à sucumbência pelo *Parquet*. Impossibilidade. Inteligência da Lei nº 7.437/85, art. 18. Recurso especial provido.

1. Cuidam os autos de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (f. 119/120): ‘Agravo de instrumento. Honorários periciais. Art. 33, do Código de Processo Civil. Lei 7.347/85. Adiantamento. Impossibilidade. - Não obstante os termos do art. 33 do Código de Processo Civil prescrever que incumbe à parte autora arcar com o pagamento dos honorários periciais, no caso de o juiz determinar

a realização da perícia *ex officio*, o art. 18 da Lei 7.347/85, que rege o procedimento instaurado pelo *Parquet* singelo com o fim de obrigar empresa particular a paralisar as suas atividades nocivas ao meio ambiente, dispõe que ‘nas ações de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada a má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais’. Dessarte, embora devidos os honorários pela parte autora, *in casu*, Ministério Público, o mesmo é dispensado de antecipá-los, por força de lei. Agravo conhecido e provido’. O Ministério Público Federal alega violação do art. 18 da Lei 7.347/85 insurgindo-se contra a parte do acórdão na qual este reconhece a sua legitimidade, quando vencido nas ações contempladas na Lei 7.347/85, a arcar com as custas e despesas do processo. Explicita que o Tribunal de origem ignorou a isenção concedida ao Ministério Público quanto aos honorários ou quaisquer despesas processuais, ainda que vencido, conforme o supracitado artigo.

2. Merece reforma o decisório que, não obstante reconhecer a preferência da norma especial (art. 18 da Lei 7.347/85) sobre a geral, contraditoriamente, deixa de aplicar este princípio no aspecto atinente à isenção do *Parquet* em suportar o ônus da sucumbência no caso de sair vencido na demanda. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, não podendo responder pelos honorários de advogado, custas e despesas processuais, a não ser quando age com má-fé. Precedentes: REsp 198.827/SP, REsp 178.088/MG e REsp 258.128/MG.

3. Recurso especial provido para reconhecer a isenção do Ministério Público ao pagamento dos ônus sucumbenciais nos termos preconizados pelo art. 18 da Lei 7.347/85 (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 799.539-GO, Rel. Min. José Delgado, DJU de 08.02.2007).

Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prefeito municipal. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Violação do art. 552, § 1º, do CPC. Inocorrência. Inversão dos ônus sucumbenciais indevida. Sucumbência integral do demandado. Inteligência dos arts 17 e 18 da Lei nº 7.347/85. Violação dos arts. 283, 372, 390 e 476, I e II, do CPC, e do art. 13 da Lei nº 7.347/85. Ausência de prequestionamento apesar da oposição de embargos de declaração. Súmulas nº 282/STF e nº 211/STJ. [...]

A sucumbência do demandado restou integral, uma vez que acolhidos todos os pedidos formulados pelo *Parquet*, inclusive o da condenação, em sede de apelação, ao pagamento da multa civil de que trata o art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, razão pela qual não há de se cogitar a inversão dos ônus sucumbenciais.

A aplicação da referida multa em patamar inferior ao limite máximo legalmente previsto (100 vezes o valor da remuneração do agente) não importa, por si só, em sucumbência do órgão ministerial quando o órgão pugna pela aplicação *tout court* da mesma.

Ademais, ainda que tivesse o Ministério Público sucumbido na demanda, o que não sucedeu na hipótese dos autos, aplicáveis à hipótese seriam os arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85, que dispõem ser indevida a condenação do autor da ação civil pública em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, ressalvada a situação em que comprovada a má-fé do mesmo, obviamente inócurre *in casu*, visto ter sido julgada inteiramente procedente a presente ação (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 637.596/SP e REsp nº 9.539/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 20.11.2006).

Apelação cível. Ação civil pública. Incidente de habilitação. Extinção. Sucumbência. Ministério Público. Conforme jurisprudência dominante no STJ, o Ministério Público só pode ser condenado em honorários advocatícios na ação civil pública na hipótese de comprovada má-fé, que, no caso, nem foi alegada pelos apelados. O mesmo ocorre com as custas processuais, pois integram a sucumbência. Apelação provida (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70016178972, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. em 28.12.2006).

Mutatis mutandis, tendo em vista o alcance das suas atribuições, a Defensoria Pública está legitimada para a propositura de ação civil pública em defesa de multifários direitos transindividuais dos necessitados, conforme delimitação imposta pelo art. 134, *caput*, da Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual dispõe:

- Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
- I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
 - II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
 - III - patrocinar ação civil;
 - IV - patrocinar defesa em ação penal;
 - V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
 - VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;
 - VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;
 - VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
 - IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;
 - X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.

[...]

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

Esse entendimento ficou implícito em decisão do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade: Impugnação a vários preceitos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro [...] Defensoria Pública: Arguição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: a) a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses 'coletivos' dos necessitados (art. 176, *caput*): denegação da liminar; b) patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses 'difusos' (art. 176, § 2º, V, e, 1ª parte): suspensão cautelar recusada; c) idem, em favor de associações de defesa de interesses 'coletivos' (art. 176, § 2º, V, e, 2ª parte): suspensão liminar deferida, em termos, para *restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo*; d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, § 2º, V, f): medida cautelar deferida em termos similares a da alínea c supra (Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 410.715/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 26.03.1993). (Grifei)

VI - Conclusões

O Estado Social e Democrático de Direito atribui direitos públicos subjetivos aos indivíduos. Destaca-se entre eles o acesso à Justiça. Nesse contexto, os cidadãos podem opor os seus direitos - inclusive sociais e políticos - ao próprio Estado.

Paralelamente aos paradigmas de organização política do Estado, definem-se direitos de primeira geração (individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e direitos de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais e do consumidor, dentre outros). Doutrina contemporânea reporta-se aos direitos de quarta geração, ligados às novas tecnologias, *v.g.*, o biodireito.

Pari passu com a evolução dos direitos materiais, evoluiu o conceito de acesso à Justiça. A concepção se alterou ao talante das ideias políticas dominantes. Nos Estados Liberais Burgueses dos séculos 18 e 19, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia individualista dos direitos. Era apenas formal, não efetivo, o direito de acesso à Justiça. O acesso à prestação jurisdicional não era obrigação imposta ao Estado. Somente era deferido a quem pudesse arcar com os ônus financeiros. A proclamada igualdade era apenas formal, mas não efetiva.

Fenômeno correlato ao surgimento dos novos direitos é a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. O Código Civil deixou de ocupar o centro do sistema jurídico e cedeu espaço à Constituição. O texto constitucional passou a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A História do Brasil atravessou cinco séculos marcados pela miséria e a opressão. Após duas décadas de autoritarismo militar, a democracia foi restabelecida em 1985. Havia imensa dívida social a resgatar.

A Constituição Federal de 1988 é generosa em proclamar garantias individuais e coletivas e estabelecer direitos sociais. Determinou ao Estado a implementação de diversas políticas públicas com o escopo de promover a dignidade da pessoa humana. No entanto, a maioria das medidas não foi implantada. Diversas delas nem sequer foram regulamentadas pelo legislador ordinário. A onda neoliberal varreu a denominada Constituição Cidadã nos primórdios de sua vigência.

O neoliberalismo, antes de solucionar os problemas macroeconômicos do Brasil, agravou as carências sociais do país. É necessário abandonar a perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos, reconstruir o sistema político e eleger como prioridade do Estado brasileiro a efetivação de políticas públicas que assegurem existência digna a todos os cidadãos.

Em seara processual, os instrumentos individualistas do processo civil clássico se tornaram insuficientes para satisfazer às necessidades contemporâneas. Era preciso reestruturá-los para estabelecer equilíbrio entre os que se defrontam na ordem jurídica. Despontou a categoria dos interesses e direitos difusos, relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Exauriu-se a dogmática clássica, inspirada no individualismo jurídico. Era insuficiente para satisfazer às necessidades contemporâneas, na medida em que surgia a consciência coletiva reivindicante da proteção àqueles novos direitos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) deu enorme alento à ação civil pública e conferiu contornos mais precisos ao seu objeto. Se temos hoje vida societária de massa e direitos de massa, é preciso dispor também de um processo de massa.

O advento da ação civil pública incrementa a cultura de tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos. Contribui, assim, para superar a concepção privatista, individualista e patrimonialista do Direito. Protege interesses minoritários com reduzidas condições de se organizar e levantar recursos para promover a sua defesa. De resto, acelera a entrega da prestação jurisdicional, pois, mediante o ajuizamento de uma só ação civil pública, muitos interesses de igual categoria podem ser solucionados pela atuação do ente legitimado para a sua propositura.

A Constituição Federal de 1988 incluiu entre as garantias individuais e coletivas a prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV).

A Carta de República também definiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Incumbe-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134, *caput*).

A despeito da relevância social da Defensoria Pública, o Poder Público não se desincumbe da obrigação de garantir os recursos necessários ao satisfatório funcionamento da instituição. É considerada a “prima pobre da Justiça”. Os defensores públicos percebem vencimentos aviltantes.

No quadro das reformas processuais brasileiras, é alvissareira a edição da Lei Federal n.º 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a qual atribuiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública. Valorizou uma das mais expressivas prerrogativas da cidadania no Estado Democrático de Direito: o acesso à Justiça.

A legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública deverá se circunscrever à “defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º. LXXIV” (art. 134 da Constituição de 1988). Vale dizer, tendo em vista o alcance das suas atribuições, a Defensoria Pública está legitimada para a propositura de ação civil pública em defesa de multifários direitos transindividuais dos necessitados, conforme delimitação imposta pelo art. 4º da Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material. *Revista Ciência Jurídica*, São Paulo, v. 51, p. 24-42, maio/jun. 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas - Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Roberto. A reinvenção do Estado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 jun. 1996, p. 1-4.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO, José Murilo de. *Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil.* Tradução de José Esteban Calderón. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CARVALHO NETO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte, 23 mar. 1999 (cópia fornecida pelo autor).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 7. ed. São Paulo: Editora RT, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Democracia e novas institucionalidades jurídicas na América Latina. *Revista de Administração Pública - FGV*, Rio de Janeiro, nº 35, p. 145-166, jan./fev. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, v. 2, 2001.

FADEL, Sérgio Sahione. Ação civil pública. *Revista In Verbis - Instituto dos Magistrados do Brasil*, Rio de Janeiro, nº 2, ago./set. 1996 (encarte da revista).

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Inconfidência Mineira: a luta da defesa nos Autos da Devassa. *Revista da Amagis - Associação dos Magistrados Mineiros*, Belo Horizonte, edição conjunta com a Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, v. 2, p. 156-164, 1991.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas.* Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revam, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público.* Tradução de Marco Aurélio Greco, São Paulo: Editora RT, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, v. 96, p. 28-36, out./dez. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasís.* 9. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1976.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (Tese de Doutorado).

MACIEL, Cláudio Baldino. Juízes são incômodos. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº11, segundo semestre de 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Discurso de posse*, Supremo Tribunal Federal, Brasília-DF, 31 de maio de 2001.

MIOTTO, Armida Bergamini. Defensoria Pública (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 23, 1977, p. 40-44.

OMMATI, José Emílio Medauar. Biodireito: um direito de quarta geração? In: MAGNO, Arthur; GUERRA, Silva (Orgs.). *Biodireito e bioética: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

PAULO FILHO, Pedro. *Grandes advogados, grandes julgamentos*. São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil, Departamento Editorial, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte. In: _____. *Constituinte e democracia no Brasil de hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 55-68.

RÉMOND, René. *O antigo regime e a revolução (1750-1815)*. Tradução de Frederico Pessoa de Barros. São Paulo: Cultrix, 1976.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas - Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, v. 1, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TORQUATO, Gaudêncio. A “judiciocracia” ameaça? *O Tempo*, Belo Horizonte, edição de 13 de maio de 2007, p. A-3.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 4, primeiro semestre de 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

Arbitragem e crise judiciária

Como já tivemos ocasião de refletir, a Revolução Francesa de 1789 eclodiu em reação à monarquia absolutista (LIMA, 2003, p. 15-16). O rei governava arbitrariamente. Não existiam limites ao seu poder. O Liberalismo iluminista, inspirador da causa revolucionária, concebeu o Estado de Direito. O poder deve ser exercido mediante representação. Submete-se às leis votadas pelo Poder Legislativo, integrado pelos representantes dos cidadãos governados.

Durante todo o século XIX, houve o predomínio do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Era preciso consolidar o princípio da legalidade, apanágio das democracias liberais. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido. O governante atuará submetido à Constituição e às leis elaboradas pelos representantes dos cidadãos.

O século XX foi o século das Grandes Guerras e das crises econômicas. Fez-se necessária a intervenção do Estado na ordem econômica e social. O Poder Executivo concentrou poderes. Permitiu-se-lhe, inclusive, em situações emergenciais, legislar mediante instrumentos tais como decreto-lei e medida provisória.

Se o século XIX foi do Legislativo e o século XX foi do Executivo, o século XXI será do Judiciário. Na nova centúria, o Poder Judiciário conciliará atritos emergentes entre os demais Poderes constituídos. Viveremos, outrossim, a “Era dos Direitos”, a que se referiu Norberto Bobbio (1996). A par da liberdade individual e da propriedade, estarão garantidos direitos mais abrangentes. Dentre outros, direitos à cidadania, à dignidade, à justiça social, ao meio ambiente saudável e ao consumo sustentável. Para tanto, necessitamos de uma Justiça contemporânea do século em que vivemos.

O processualista japonês Yasuhei Taniguchi, reportando-se à Justiça de seu País, apontou que, nas grandes cidades japonesas, juízes “sobrecarregados” processam em média trezentos feitos¹. Os magistrados brasileiros têm razões de sobra para invejar os seus pares, atuantes nas grandes cidades japonesas. Aqui os juízes, para manter os serviços em dia, mourejam pelas manhãs, tardes, noites, fins de semana e até em grande parte nos períodos de férias.

É caótica a situação do Poder Judiciário no Brasil. Segundo estatísticas recentes, temos um juiz para 25 mil habitantes, ao passo que em países de Primeiro Mundo, como é o caso da Alemanha, existe um juiz para cada 4 mil habitantes (VELLOSO, 1998, p. 94-111). Na minha tese de doutorado (*O Direito Administrativo e o Poder Judiciário*, 2002, p. 94), coligi dados estatísticos comprobatórios da deterioração da prestação jurisdicional:

¹ TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 - Um processo para o próximo século? Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, nº 99, p. 53, jul.-set. 2000.

Em 1998, o Supremo Tribunal Federal julgou o absurdo número de 47 mil processos². Pior é a situação do Superior Tribunal de Justiça, onde o volume de feitos cresce em progressão geométrica (Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1998: 515-527), decuplicando entre 1990 (11.742 feitos julgados) e 1997 (102.054 feitos julgados). A maior parte dos recursos extraordinários e especiais encerra temas repetitivos.

Diversos não são os números em Minas Gerais. Em 1998, o Tribunal de Justiça recebeu 20.465 processos. O Tribunal de Alçada, 22.309. Na primeira instância, até fevereiro de 1999, os processos em curso, na capital e no interior, somavam 1.032.574 (contra 476.987, em 1992). Em 1998, os Juizados Especiais Cíveis de Belo Horizonte receberam 23.673 feitos³.

Dados mais recentes, divulgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, referentes ao período de 1º de agosto de 2003 a 15 de julho de 2004, indicam a distribuição de 53.450 e o julgamento de 42.571 feitos. Em todo o Estado, o número de processos distribuídos em 2004 alcança a soma de 1.781.306. São números estarrecedores⁴.

Daí a importância dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. O Estado contemporâneo já não mais detém o monopólio da produção e distribuição do Direito. Embora seja o Direito estatal a espécie de juridicidade dominante, ele coexiste com outros modos de juridicidade existentes na sociedade (SANTOS, 1997, p. 175).

María Celina D'Araújo⁵ discorreu sobre os chamados “mecanismos alternativos de resolução de conflitos” (Marcs):

As vantagens dos Marcs vêm sendo amplamente consideradas nas novas democracias da América Latina. Entre elas, destacam-se: redução de custos para o Estado e para o cidadão; celeridade e informalidade; caráter preventivo; incremento na qualidade da resolução de conflitos individuais e coletivos; fuga do monopólio do Estado como distribuidor de justiça; expansão da ‘cultura da paz’ em contraposição a uma idéia de antagonismo entre as partes; incentivo à reestruturação dos sistemas judiciais; fortalecimento da democracia.

Dentre os *Marcs*, salienta-se a arbitragem. Arbitragem, ou juízo arbitral, é forma paraestatal de composição de controvérsias, pois se desenvolve sob “os auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas

² *Revista Veja*, São Paulo, edição de 02 de dezembro de 1998.

³ *Informativo TJMG*, edição de maio de 1999, p. 3, 6 e 7, e *Diário do Judiciário - Minas Gerais*, edição de 06 de abril de 1999.

⁴ Fonte: *Relatório do Primeiro Ano de Gestão da Presidência Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2003/2004.

⁵ D'ARAÚJO, Maria Celina. Democracia e novas institucionalidades jurídicas na América Latina. *Revista de Administração Pública*, FGV, nº 35, Rio de Janeiro, p. 156-157, jan.-fev. 2001.

decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal (Sálvio de Figueiredo Teixeira)” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 68-69). Importa renúncia à via judiciária, confiando as partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário (THEODORO JÚNIOR, 1984, p. 43).

O professor José Carlos de Magalhães destaca (*apud* Irineu Strenger, 1998, p. 11):

A jurisdição de que se acha investido (o árbitro) é a mesma do juiz estatal, com a diferença de que sua autoridade jurisdicional decorre diretamente das partes, enquanto a do juiz, da comunidade como um todo, expressa na Constituição.

Assinala Othon Sidou (1997, p. 275) a origem remota da arbitragem:

O pacto compromissório tem origem nebulosa, ou adentra nas brumas da História, dado que Wenger (*Compendio de Derecho Procesal Civil*) afirma ter sido modo de resolver litígios encontrado entre todos os povos e em todas as épocas. Carnelutti (*Sistema de Derecho Procesal Civil*) aponta sua prática no direito helênico.

Como quer que seja, é no direito romano que vamos encontrar a presença transparente do instituto, precisamente no fragmento do *ad Edictum*, do jurisconsulto Paulus, recolhido no *Digesto*, 4.8.1: ‘O compromisso assemelha-se ao juízo, e tende a encerrar os litígios.

Luiz Barros Leães (1978, p. 347) também discorre sobre a existência do instituto da arbitragem no Direito Romano. Gaio, nas *Instituições* (III, 140), noticia a existência de controvérsia entre juristas acerca da validade da venda e da locação, por preço a ser determinado por terceiro. Justiniano, com a Constituição de 531, considerou válida a determinação do preço da compra e venda e da locação, com as seguintes consequências: 1) na hipótese de o terceiro não determinar o preço, a venda deve considerar-se nula, não havendo possibilidade de se recorrer a outra pessoa, nem sequer ao juiz, e 2) na hipótese de o terceiro determinar o preço, as partes devem aceitá-lo, sendo-lhes vedada nova discussão ou revisão.

Na Itália, o art. 1.349 do Código Civil de 1942 adotou a arbitragem nos termos do direito clássico. Também o art. 1.473 admite a possibilidade de as partes confiarem a terceiro a determinação do preço, sublinhando que, na hipótese de o terceiro não querer ou não poder aceitar o encargo, nem as partes concordarem com a substituição, a nomeação será feita pelo presidente do tribunal do lugar onde foi celebrado o contrato.

Segundo Hamilton de Moraes e Barros (1992, p. 285), a Revolução Francesa via a arbitragem com grande entusiasmo:

Lei de agosto de 1790 a entendia ‘o meio mais razoável para terminar as contestações entre os cidadãos’. A legislação posterior a facilitava e criava mesmo casos de arbitragem forçada. A experiência não deu os frutos esperados. A arbitragem forçada desapareceu ali e o Código de Processo apenas admite a arbitragem voluntária.

Franz Wieacker (1980, p. 532), em excuro histórico sobre o Processo Civil alemão, assinala que a sociedade germânica, nos albores do século XIX, não se satisfazia com a antiga tradição processual do direito comum nem com a organização judiciária autoritária da Prússia. Foi o ponto de partida na direção da adoção dos princípios do processo civil e penal francês:

O ideal da organização processual francesa de 1807 era o caráter imediato e oral do processo, a concentração processual e o poder dispositivo das partes sobre a matéria processual; tudo isto correspondia à desconfiança no poder absolutista do Estado e no corpo de juristas e à esperança no sentido de cidadania; o oposto a estes ideais era, pelo contrário, o processo secreto e escrito conduzido perante o juiz nomeado ou dependente da autoridade ou pertencente a uma ordem privilegiada.

Sobre a arbitragem no Brasil, discorre Sálvio de Figueiredo Teixeira (1997, p. 27):

Legalmente reconhecida no Brasil desde os tempos da colonização portuguesa, ao contrário do que normalmente se pensa, a arbitragem já existiu como obrigatória em nosso Direito. Assim, o Código Comercial de 1850, ainda hoje vigente, estabelecia em alguns de seus dispositivos o arbitramento obrigatório, como, *u.g.*, no art. 294 [...]. O Regulamento 737, daquele ano, conhecido como o primeiro diploma processual brasileiro codificado, por sua vez, previa em seu art. 411 que seria o procedimento arbitral obrigatório se comerciais as causas. [...] No plano internacional, melhores exemplos não se poderia ter que aqueles nos quais participou com tanto êxito o Barão do Rio Branco, ampliando em muito as nossas fronteiras, e pacificamente.

Ao relatar no Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial nº 15.231/RS (*DJU* de 09.12.1991), o Ministro Sálvio de Figueiredo consignara ser o juízo arbitral “instituto sem maior incidência na prática e sem o prestígio internacional da arbitragem, ordenado e vigiado pelo Estado”. Diante desse quadro, foi editada a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Pretendeu incrementar o instituto da arbitragem em nosso país. Diferentemente do tradicional juízo arbitral, previsto no Código de Processo Civil, o qual tinha como requisito de eficácia do laudo arbitral a homologação judicial, agora a decisão do árbitro não é passível de qualquer recurso ou homologação, a teor do art. 18 da nova Lei da Arbitragem (SANTOS, 1999, p. 149).

Na dicção de Humberto Theodoro Júnior (1989, p. 1.849):

O compromisso importa afastar a intervenção judicial, ficando a composição da lide a cargo de particulares, da escolha e confiança das partes. Corresponde, portanto, a substitutivo negocial da jurisdição, tal como se processa com a transação.

O juízo arbitral configura atividade privada, com suporte no compromisso resultante exclusivamente da vontade dos compromissários. É vontade contratual (SIDOU, 1997, p. 274). A doutrina francesa considera a autonomia contratual princípio essencial no âmbito da arbitragem internacional (ALVIM, 2002, p. 53-54).

Consoante o art. 31 da Lei de Arbitragem,

a sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, sendo condenatória, constitui título executivo. É título executivo extrajudicial (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 187).

A vigência da Lei nº 9.307/96 suscitou acirrado debate. O Desembargador paulista Antônio Raphael Silva Salvador pugnou pela sua inconstitucionalidade, porque “revoga” o Poder Judiciário, incumbido exclusivamente do exercício da atividade jurisdicional. Nenhuma exceção consta do texto constitucional. Logo, não se pode desconsiderar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, o qual garante o direito de ação diretamente ao Judiciário, em qualquer ofensa a direito individual ou não, “para que fiquem os pobres contratantes livres de coação em contratos com poderosos, como bancos, consórcios, prestadores de serviços médicos, imobiliárias e outros iguais, vindo reclamar ao Judiciário ofensas ao seu direito”⁶.

Pela constitucionalidade do texto legal, propugna Joel Dias Figueira Júnior. Segundo o jurista catarinense, no sistema da Lei 9.307/96, a renúncia voluntária à jurisdição estatal já se verifica no momento em que as partes contratam e convencionam a cláusula compromissória. O compromisso arbitral serve como

⁶ SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Lei de Arbitragem: Injustiça e Ofensa à Constituição. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, nº 4, p. 25-32, nov.-jun. 1998.

⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. *Tribuna da Magistratura - Caderno de Doutrina*. Associação Paulista de Magistrados, p. 242-244, set.-out. 1997.

instrumento destinado a precisar os termos da convenção e, sobretudo, definir os limites da matéria que será objeto da arbitragem, isto é, a lide propriamente dita, e indicar o árbitro ou tribunal arbitral⁷.

O Supremo Tribunal Federal decidiu⁸:

Em sede de juízo arbitral, é cediço que a cláusula compromissória, conforme define o art. 4º da Lei 9.307/96, é opção convencionalizada pelas partes contratantes, para dirimir, mediante arbitragem e não através da jurisdição estatal, possível litígio oriundo de inadimplemento contratual. Assim, as disposições contidas nos arts. 6º, par. ún., e 7º da Lei de Arbitragem, que possibilitam ao contratante recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte inadimplente ao cumprimento do avençado, atendem ao disposto no art. 5º, XXXV, da CF, uma vez que acionado o Juiz estatal para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso, não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava ou não abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória.

Também o Superior Tribunal de Justiça inclina-se por convalidar o instituto, imune, em princípio, à ingerência da jurisdição estatal⁹.

Tendo as partes validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida.

Para Hamilton de Moraes e Barros (1992, p. 285-286), a arbitragem ressurge hoje com grande força. Ela tem seu merecimento, pois é instrumento válido e altamente prestante para resolver problemas comerciais e industriais:

Os árbitros serão conhecedores das matérias em litígio. A arbitragem seria mais rápida e menos dispendiosa. Sobretudo sem publicidade. Existem até os que desejam que ela se faça e tenha eficácia - a decisão arbitral - sem a homologação judiciária, o que permite evitar-se o conhecimento da divergência pelos estranhos e a fiscalização pelo Estado.

De qualquer modo, a arbitragem, em princípio, será mais rápida e menos dispendiosa.

Sendo os árbitros conhecedores da matéria em litígio, não é mais fácil e mais simples ir logo a eles do que recorrer aos tribunais judiciários, que, para resolver as questões de fato, irão determinar as perícias que os técnicos realizarão?

⁸ Sentença Estrangeira Contestada nº 5.847-1-Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Min. Maurício Corrêa, *Revista dos Tribunais*, v. 777, P. 189, jul. 2000.

⁹ Recurso Especial nº 450.881-DF, Min. Castro Filho, *DJU* de 11.04.2003.

Não discrepa Irineu Strenger (1998, p. 13):

A arbitragem, como procedimento jurisdicional, é realidade incontestada que movimentou o mundo do direito em caráter ascensional. Centenas de países se alinham com leis próprias, buscando sempre adaptar-se às novas contingências [...]. A arbitragem vem constituindo fenômeno de grande importância e de originalidade fecunda para as relações econômicas, tanto nacionais, como internacionais. [...] Esse rápido crescimento tem numerosos fatores: o desenvolvimento espetacular dos intercâmbios comerciais; a aceitação cada vez mais extensa da arbitragem como modo de regulação dos litígios; evolução sob influência das organizações internacionais.

Carnelutti (2000, p. 163) destacava as várias razões pelas quais as partes podem preferir a solução da lide por meio de árbitros à solução processual ordinária. Entre outras, a natureza das questões que exijam experiência particular de quem as tenha de resolver e a conveniências de subtrair o processo à publicidade.

Figueira Júnior (1997, p. 12) também exalta a inovação legislativa sobre o juízo arbitral¹⁰:

A importância da arbitragem reside em ser mais um instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa (notadamente nos dias de hoje com a formação de grandes blocos econômicos, com o fenômeno denominado de 'globalização' e do incremento das relações comerciais internacionais), que serão conhecidos por profissionais especializados técnica ou cientificamente na matéria, objeto da controvérsia. Tal assertiva, por exemplo, vem sendo comprovada na Comunidade Européia, NAFTA e já começa a ganhar espaço também no MERCOSUL.

O art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil impõe ao réu alegar na contestação, antes de discutir o mérito, "convenção de arbitragem". Firmada a convenção arbitral, o processo litigioso deverá ser extinto, sem apreciação de mérito. Cândido Rangel Dinamarco comenta (2001, p. 138):

Como meio alternativo de solução de conflitos, a arbitragem processa-se fora do âmbito do exercício do poder estatal pelo juiz, de modo que o ajuste para instituir o processo arbitral retira a causa à competência dos órgãos judiciários (Lei nº 9.307 de 23/09/96, esp. art. 3º). É pois um pressuposto *negativo* de admissibilidade do processo e da sentença de mérito (CPC, art. 267, inc. VII), quer tenha sido ajustada mediante *cláusula compromissória* ou *compromisso arbitral* (arts. 4º e 9º) e ainda quando celebrada no curso do processo já pendente (art. 9º, *fine*). Em qualquer das hipóteses, a extinção do processo jurisdicional eventualmente instaurado será declarada

¹⁰ Recurso Especial nº 450.881-DF, Min. Castro Filho, DJU de 11.04.2003.

por *sentença*, a qual terá natureza terminativa - não sendo obviamente uma sentença de mérito (grifos no original).

Nesse sentido, transcrevo ementa do eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

A simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecida pela Lei 9.307/96, cláusula compromissória ou compromisso arbitral, conduz, desde que alegada pela parte contrária, à extinção do processo sem julgamento do mérito, visto que nenhum dos contratantes, sem a concordância do outro, poderá arrepender-se de opção anterior, voluntária e livremente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral¹¹.

Interessante discussão surge em torno da aplicação do instituto da arbitragem aos conflitos envolvendo relações de consumo. Figueira Júnior afirma que, em linha de princípio, tais conflitos podem ser solucionados por intermédio de jurisdição estatal tradicional (justiça comum), jurisdição alternativa ou especial (juizados cíveis) ou jurisdição paraestatal (juízo arbitral). Versam direitos patrimoniais disponíveis, os quais admitem transação¹².

Porém, não é a forma mais adequada para resolução de conflitos decorrentes de relações de consumo, destinando-se, sobremaneira, à solução de questões cíveis ou mercantis, nacionais ou internacionais, de grande ou médio porte. Nesses tipos de controvérsias específicas, considera-se que os consumidores dispõem de outras técnicas e instrumentos menos ortodoxos, simples, informais e econômicos, tais como mediação e Juizados Especiais Cíveis.

Em regra, a indicação, em cláusula compromissória, de solução de conflitos eventuais e futuros, por intermédio de juízo arbitral, em relações de consumo decorrentes de contratos padrão ou de adesão, é nula de pleno direito. Pode o consumidor rechaçá-la perante o Estado-Juiz, em demanda apropriada definida no art. 7º da Lei nº 9.307/90, ressalvada, sempre, a hipótese de iniciativa ou concordância do consumidor em instituir a arbitragem, firmando o compromisso de ratificação. Nesse caso, não poderá mais recalcitrar ou alegar em demanda futura a nulidade da cláusula compromissória, ressalvadas as hipóteses dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (estabelecem casos de nulidade da sentença arbitral).

Figueira Júnior (1997, p. 12), enfim, sustenta que a arbitragem

adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais, onde há necessidade

¹¹ Apelação Cível nº 254.852-9, Juíza Jurema Brasil Marins, *Diário do Judiciário-MG*, 15.10.1998.

¹² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 16, p. 283-306, abr.-jun. 2000.

de conhecimentos específicos, tanto de direito internacional e comercial, como de costumes e praxes do comércio, sendo visíveis as suas vantagens.

O civilista argentino Gabriel Stiglitz (1990, p. 50) aponta a existência da chamada “justiça coexistencial”, em cujo âmbito se acentua o emprego de técnicas de mediação e conciliação, as quais remédiam a sobrecarga de tarefas do Poder Judiciário. Recomenda-se concretamente a instauração alternativa de mecanismos de arbitragem e acordo amigável para a composição de interesses contrapostos. No entanto, tais modalidades de composição de litígios exigem a composição dos órgãos julgadores, dentre outros integrantes, por representantes dos grupos de consumidores.

Outra indagação reporta-se à possibilidade de solução de conflitos mediante juízo arbitral, quando uma das partes envolvidas for a Administração Pública. Leon Fredja¹³ registra o argumento contrário, fundado na indisponibilidade dos bens públicos. No entanto, a Lei nº 8.987/95, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos pelo art. 175 da Constituição Federal, estabeleceu como cláusula essencial a referente ao foro e ao “modo amigável de solução de divergências contratuais”, conquanto se aplique a esses contratos administrativos a Lei nº 8.666/93 (licitações e contratos):

A Carta Magna não se opõe a soluções heróicas, assim que, no artigo 217, trata da Justiça Desportiva e avisa que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva regulada em lei. Também o artigo 114, no seu § 1º, admite a eleição de árbitros, frustrada a negociação coletiva.

A melhor doutrina aconselha, com ênfase, essa postura, destacando-se [...] Carlos Mota Pinto, Toshio Mukai e Maria C. Menezello.

O Estado (*lato sensu*) não estará desassistido, porque conta com a presença de seus advogados e procuradores, nem o Poder Judiciário estará alijado, como demonstrado. Basta que o legislador se sensibilize e consinta, expressamente, que as entidades estatais se submetam à arbitragem.

Caio Tácito não dissente¹⁴.

Nem todos os contratos administrativos envolvem necessariamente direitos indisponíveis da Administração.

Certamente, haverá casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos, de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens, que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal.

¹³ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 106, jul.-set. 1997.

¹⁴ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Genesis - Revista de Direito Administrativo*, Curitiba, nº 19, p. 736, out.-dez. 1998.

Quanto a estes, somente o Poder Judiciário poderá, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar.

Todavia, quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude de prestação regular do outro contratante.

A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual [...].

Se, indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há porque obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador.

Mais ainda se compatibiliza o juízo arbitral com atos de gestão de empresa estatal que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos da Constituição de 1988, art. 173, § 1º, prevalece o regime jurídico próprio das empresas privadas.

O acordo conducente ao procedimento arbitral, superando a delonga do rito judicial, favorece a celeridade na superação de litígios em benefício da dinâmica própria das relações econômicas, que o Estado venha a assumir como imperativo do interesse coletivo.

Em suma, perora Figueira Júnior (1997, p. 12-13), a instituição do novo regime de arbitragem não se presta necessariamente a desafogar o Judiciário. Entretanto, a redução da sobrecarga da Justiça brasileira poderá se verificar de forma lenta e paulatina, à exata medida em que o jurisdicionado for absorvendo e adquirindo a cultura dos meios alternativos de composição dos seus conflitos:

Por isso, não temos dúvida ao afirmar que a importância preponderante da arbitragem reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos. Não objetiva a arbitragem substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela, mas apenas servir como mecanismo opcional hábil voltado à resolução dos grandes conflitos, sobretudo de natureza comercial interna ou internacional.

Vigorou antiga desavença doutrinária em torno da natureza jurídica da função desempenhada pelo árbitro na resolução de litígio privado (SIDOU, 1997, p. 274). Grandes processualistas, com destaque para Chiovenda, eram infensos a

considerar o juízo arbitral órgão de jurisdição. O argumento-chave se assentava no fato de a decisão dos árbitros não ser considerado título executivo, por depender o laudo de homologação judicial. Na Itália, portanto, surgiu uma concepção negatvista em torno do juízo arbitral.

No Brasil, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não temos ainda a cultura da arbitragem. O positivismo jurídico sempre sobrevalorizou as fórmulas escritas e o estatismo, aliados a uma “kafkiana processualística”¹⁵. Após a vigência da Lei nº 9.307/96, muitos magistrados se expressaram desfavoravelmente ao instituto. Todavia, para Sálvio de Figueiredo Teixeira esses pronunciamentos são isolados e não espelham desconforto da Magistratura brasileira em relação à arbitragem. A resistência à expansão do instituto, no Brasil, não pode ser atribuída a óbices opostos pelo Judiciário. O tratamento tradicionalmente dado à arbitragem no Brasil, interna e externamente, era “o reflexo da *arraigada mentalidade jurisdicionalista*, o que explicaria, de certa forma, a resistência brasileira aos tratados e convenções internacionais sobre arbitragem” (1997, p. 28 - grifei).

Concluiu magistralmente Teixeira (1997, p. 33):

Fazendo coro com o Prof. Carlos Alberto Carmona, ‘o Brasil não pode ficar alheio aos ventos que sopram em outros países’. Em outras palavras, e repetindo Benjamin Cardozo, em sua evocação a Roscoe Pound, ‘o direito deve ser estável, mas não pode permanecer estático, o jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã’.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Editora RT, v. 1, 2002.

BELO HORIZONTE. *Diário do Judiciário*, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

BELO HORIZONTE. *Relatório do Primeiro Ano de Gestão da Presidência Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins*. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2003/2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, v. 1, 2000.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul.-set. 1997.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Democracia e novas institucionalidades jurídicas na América Latina. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, n° 35, p. 156-157, jan.-fev. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 3, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 16, p. 283-306, abr.-jun. 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. *Tribuna da Magistratura - Caderno de Doutrina*. Associação Paulista de Magistrados, São Paulo, p. 242-244, set.-out. 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Editora RT, 1997.

FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, v. 7, 1978.

GENESIS - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Curitiba, n° 19, out.-dez. 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitragem (verbete). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1978, p. 346-353.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., v. 9, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul.-set. 1997.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. *Tribuna da Magistratura - Caderno de Doutrina*. Associação Paulista de Magistrados, São Paulo, p. 242-244, set.-out. 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado (Histórico e Contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Editora LTr, 1998.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 105-107, jul.-set. 1997.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Genesis - Revista de Direito Administrativo*, Curitiba, n° 19, p. 733-736, out.-dez. 1998.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 - Um processo para o próximo século? Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, n° 99, p. 53, jul.-set. 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20-33.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico. *Revista Cidadania e Justiça*, Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, nº 4, p. 94-111, 1º semestre de 1998.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1980.

Improbidade administrativa

“Os ladrões e a ladroagem associados à política me provocam náuseas. Essa é uma fraqueza humana com a qual não sou tolerante. Roubar, estando no governo, num país pobre, onde a democracia ainda é um bebê de fraldas, sempre me pareceu uma agravante do delito. Nada desprestigia mais, nada contribui mais para a derrocada da democracia do que a corrupção”. (Mario Vargas Llosa, 1994, p. 169)

I - Introdução

A convivência com a corrupção é imemorial em nosso país. Trata-se de prática ancestral e incontida. O Estado brasileiro ainda é patrimônio das elites econômicas e políticas, como percucientemente registrou Maria Victória de Mesquita Benevides (1996, p. 26):

A maior parte dos analistas contemporâneos enfatiza os entraves - políticos, culturais - à consolidação de instituições representativas estáveis e razoavelmente democráticas. A tese clássica de Raymundo Faoro sobre a privatização exacerbada do poder político - o Estado patrimonial, a conciliação e a cooptação, ‘os donos do poder’ - assim como o ceticismo de Sérgio Buarque de Holanda - ‘a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido’ - permanecem referências fundamentais. Para Faoro, o nó da questão é, justamente, a constatação de que, em última instância, a soberania popular não existe senão como farsa, escamoteação ou engodo [...]. O poder, a soberania nominalmente popular, tem donos que não emanam da Nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário

No Brasil, existem “duas éticas”: uma para a população, outra para a elite (FIORI, 2001, p. 18). A primeira austera e a segunda condescendente.

Qualquer país - ressalve-se - convive com a corrupção. Sendo impossível erradicá-la, pode-se contê-la em limites razoáveis¹. Tal contenção, evidentemente, não vem ocorrendo em nosso país.

O fenômeno não é exclusivamente nacional. Ocorre em outros países, sobretudo nos subdesenvolvidos. Entre nós, como em toda a América Latina, mesclam-se caudilhismo e corrupção. Escrevia Jacques Lambert (1972, p. 215):

Se está encerrada a era do caudilhismo, pelo menos na maior parte da América Latina, os hábitos adquiridos deixaram traços duradouros na vida política de países que durante tanto tempo ele dominou.

¹FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 12, p. 50-55, jan.-mar. 1997.

Pode-se pensar, por exemplo, que a longa persistência do caciquismo tornou mais difícil o desaparecimento de um estado de espírito - de que, certa ou erradamente, todos se queixam na América Latina - que levaria muitos homens públicos a considerar normal o enriquecimento dos que detêm o poder.

Também dissertava Bilac Pinto (1960, p. 21):

A corrupção política e administrativa constitui um dos mais salientes vícios dos regimes políticos latino-americanos.

O que torna mais grave esse fenômeno, que ocorre em todos os níveis do governo, é a apatia da opinião pública em face dele.

A prática do enriquecimento ilícito dos governantes se generalizou tanto, que o povo passou a encará-lo como fatalidade, não encontrando estímulos para contra ele reagir.

Alvissareiramente, contudo, espriam-se candentes clamores por ética na vida pública, em todos os níveis federativos. As lutas contra as transgressões à moralidade administrativa ocupam grande parte das notícias dos meios de comunicação social. Aviventam, diariamente, os valores morais, os quais vão sendo paulatinamente incorporados às ordens jurídicas de vanguarda (MOREIRA NETO, 2000, p. 76).

Foi editada a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, regulamentadora do art. 37, § 4º, da Constituição de 1988. Define atos de improbidade administrativa e estabelece sanções decorrentes de sua prática².

A Administração Pública não dispõe de filosofia própria. Retira sua legitimidade do sistema de valores dominante (DEBBASCH, 1989, p. 1). O respeito ao princípio da moralidade administrativa foi erigido em valor fundamental pela sociedade brasileira contemporânea. Dessarte, só se legitimará a atuação do administrador público se estiver em sintonia com referido princípio. Em tempos de imoralidade na vida pública brasileira, Rubens Approbato Machado, presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apregoa a refundação do Estado brasileiro e sua inserção na teia da modernização institucional e política³.

A democracia brasileira se vê diante de duas opções: a roubalheira, a sem-vergonhice e a mentira, ou a garantia do império da lei, do respeito, da autonomia e da independência dos Poderes. A essa segunda opção chamamos ética.

² Anteriormente, versando o enriquecimento ilícito de administradores públicos, vigoraram as Leis nº 3.164 (Lei Pitombo-Godói Ilha), de 1º de junho de 1957, e nº 3.502 (Lei Bilac Pinto), de 21 de dezembro de 1958 (PAZZAGLINI FILHO *et al.*, 1999, p. 30).

³ Sob duas conchas e dois palácios, *Folha de São Paulo*, 29 abr. 2001, p. A-3.

Exige-se, pois, dos administradores públicos e dos operadores do Direito, em todas as esferas de Poder e níveis federativos, o compromisso axiológico com o resgate da probidade administrativa.

Avulta, outrossim, o papel da sociedade. Foi instituída, em nosso país, a organização não governamental “Transparência Brasil”. Hercúleo trabalho deverá ser empreendido no combate à improbidade administrativa⁴.

II - A ética na vida pública brasileira

Há dificuldades no tratamento da questão ética na história do pensamento brasileiro. A explicação para o fenômeno reside nas origens intelectuais de nossa cultura.

O Marquês de Pombal, na segunda metade do século XVIII, pretendeu salvar a monarquia absoluta em Portugal. Nesse desiderato, reformou a Universidade portuguesa. Enfatizou o ensino das ciências físicas, mas impediu o estudo das ciências morais, reputadas como turbadoras da tranquilidade do absolutismo luso. O debate ético era tido como desestabilizador das instituições políticas.

As primevas elites dirigentes brasileiras formaram-se nos bancos da Universidade pombalina. Sedimentaram dois aspectos da cultura cívica nacional: baixa convicção nas qualidades do regime representativo e ignorância do papel essencial do debate público sobre a natureza ética do Estado e do Direito, na construção de uma ordem cívica liberal⁵.

Deveras, o Estado brasileiro assumiu postura indubitavelmente oligárquico-privatista, esmerando-se na concessão de favores, incentivos e estímulos, sem exigir contrapartida. Os beneficiários sempre são selecionados com base em critérios pessoais, estranhos às regras da competição e da igualdade de oportunidades. “Para os amigos tudo, para os inimigos, a lei”, eis a fórmula de conteúdo profundamente antiliberal e antidemocrático⁶.

A sociedade assimilou estereótipos, em virtude dos quais, por exemplo, se dá importância às relações pessoais na escolha de muitos funcionários públicos. Embora a Constituição do país exija concursos públicos, existem milhares de cargos chamados “de confiança” e preenchidos por indicação pessoal. Esses fun-

⁴Noticia-se que a Promotoria Especial de Defesa do Patrimônio Público de Londrina-PR e o Movimento pela Moralização na Administração, daquela cidade, receberam, no dia 7 de outubro de 2001, em Praga, o Prêmio Integridade 2001. A premiação “distingue iniciativas particularmente criativas, inovadoras ou corajosas que tenham exercido influência sobre os níveis de corrupção em determinada cidade ou região e que possuam o potencial de estimular ações semelhantes em outros locais”. No caso, os agraciados paranaenses tiveram marcante atuação nas investigações contra autoridades da Administração do Município de Londrina, culminando com a cassação do Prefeito Municipal (ABRAMO, Cláudio Weber; ALMEIDA, Márcio. Pé vermelho! Mãos limpas!, *Folha de São Paulo*, 5 out. 2001, p. A-3).

⁵É o que escreve o professor Vicente de Paulo Barreto, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, prefaciando o livro *Ética e história*, de Néelson Saldanha (1998).

⁶GRAU, Eros Roberto; BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Melo. A corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 80, p.13-14.

cionários tendem a atuar com perspectivas de reciprocidade, fenômeno conhecido como “apadrinhamento”. São estabelecidas relações de amizade e compadrio, que podem envolver largos espectros: o amigo do amigo, a recomendação de uma pessoa importante etc. Não sendo possível tal relação, ela tende a ser substituída por redes informais em que vale o dinheiro. Isto é, à falta do padrinho ou do amigo, surge a compra direta do favor⁷.

Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 199-200) acentua que o capitalismo estimula a tentação do ganho fácil. Quando a Administração Pública passa a ter competência para exercer atividades econômicas, seu desempenho envolve ganhos. O poder econômico fica ao lado do poder político. Esse binômio exerce enorme atração sobre pessoas, quando se consideram o sistema capitalista e sua ênfase na busca do ganho material. O Estado é hoje grande contratante de pessoas, obras, serviços e bens. No exercício de atividades econômicas, é grande detentor de recursos financeiros, amplamente cobiçados.

Contemporaneamente, no entanto, o Brasil, acompanhando tendências mundiais, assiste à valorização da ética na Administração Pública. É o que ponderava o saudoso jurista e político André Franco Montoro⁸.

Na segunda metade do século 20, é impressionante o volume de publicações sobre ética, em todas as partes do mundo e em todos os setores do conhecimento. As publicações, estudos, pesquisas e debates sobre o tema estendem-se a todas as áreas da atividade humana. Ética na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração, na justiça, nos negócios, no esporte, na ciência, na economia, na comunicação. As obras sobre ética, em seus múltiplos aspectos, enchem as estantes das bibliotecas e das livrarias. ‘Ética para Amador’ é o título do estudo de Fernando Savater, que se tornou *best-seller* dos livros vendidos na Espanha, com sete edições num só ano, em 1991. E a parte da Filosofia mais estudada neste final de século é a Axiologia, a Filosofia dos ‘Valores’.

Paralelamente a essa intensa produção no campo da ciência, da arte e da filosofia, multiplicam-se em toda parte movimentos populares ou associativos, reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal. Movimentos semelhantes à famosa ‘campanha das mãos limpas’, na Itália, vêm ocorrendo em quase todas as Nações. No Brasil, esses movimentos provocaram processos inéditos em nossa história, que culminaram com a punição de altos funcionários, a cassação de mandatos de parlamentares e do próprio Presidente da República.

⁷FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n° 22, p. 38-43, jan.-mar. 1998.

⁸Retorno à ética na virada do século. In: MARCÍLIO, Maria Luiza *et al.* *Ética na virada do século*, 1997, p. 13-14.

Esses fatos revelam - no campo da produção intelectual e do comportamento social - um incontestável retorno às exigências de ética.

Por que a ética voltou a ser um dos temas mais trabalhados do pensamento filosófico contemporâneo? - pergunta José Arthur Gianotti, em estudo que integra a obra coletiva sobre 'Ética', editada pela Secretaria Municipal da Cultura, de São Paulo e a Companhia das Letras, em 1992.

A resposta talvez possa ser indicada no célebre título do romance de Balzac, 'Ilusões Perdidas'. Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico.

III - A moralidade administrativa como princípio constitucional

Significativo tenha o legislador constituinte de 1988 incluído a moralidade entre os princípios da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*). No campo processual, ampliou os objetivos da ação popular, permitindo seu ajuizamento para anulação de atos lesivos também à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXXIII).

Antes da vigência da Carta de 1988, Hely Lopes Meirelles (1983, p. 61-62) já ponderava que a moralidade constitui, juntamente com a legalidade e a finalidade, pressuposto de validade do ato administrativo. Sem os mencionados pressupostos, toda atividade pública será ilegítima. Citando o jurista português Antônio José Brandão, Meirelles dissertava:

A atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos juristas romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infieis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum.

O Direito tem conteúdo ético, presente em todos os seus ramos. À medida que a Administração torna-se mais jurídica, mais acentua esse conteúdo e mais inspira na moral as suas atuações. A função do Estado moderno - Estado de cultura - propende à realização integral dos destinos humanos, isto é, à plena efeti-

vação de um ideal ético (OVIEDO, 1951, p. 24). O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera (FIGUEIREDO, 1995, p. 49)⁹.

Juarez Freitas (1997, p. 69) discorre:

O princípio da moralidade, no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os liames sociais. É verdade que um controlador arguto, à base da mencionada submissão do administrador não apenas à lei, mas ao Direito, já conseguiria alcançar resultado idêntico.

Odete Medauar (1993, p. 93) afirma que o princípio da moralidade se imbrica com o da impessoalidade. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso dos poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a impessoalidade como um dos fatores da imoralidade.

Todavia, segundo a autora, é princípio de difícil tradução verbal, porque é impossível enquadrar em um dos dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Submete-se às regras de conduta extraídas da disciplina da Administração, sob perfil do fim de interesse público, boa administração, boa-fé e lealdade da Administração.

Para Caio Tácito¹⁰, forte na lição de Hauriou, a moralidade integra a legitimidade do exercício da competência administrativa. Pressupõe o exame dos motivos do ato administrativo, em conexão com o vínculo legal à finalidade. O administrador não pode colocar seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos e de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis.

Diante da natureza humana e do egoísmo dos indivíduos, deve-se prever que governantes e agentes públicos exerçam sua competência - enquanto puderem - a fim de obter vantagens particulares para si ou para seus amigos, pessoais ou políticos. Porém, isso se torna cada vez mais difícil. Em todo caso, se reconhece atualmente que esses atos são abusos de poder. A jurisprudência do Con-

⁹ Segundo Norberto Bobbio, o fato de que determinado poder consiga se impor de modo eficaz reclama certa dose de legitimidade. A efetividade, ou seja, a continuidade de um poder exclusivo sobre um determinado território, não é mero fato, mas é também consequência de uma série de comportamentos motivados, a cuja motivação é preciso remontar para julgar o grau de legitimidade de um poder em uma determinada situação histórica. Tal legitimidade não pode ser alcançada senão remetendo a valores ou regras dadas que, por sua vez, são expressões de valores (2000, p. 38).

¹⁰ Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, out.-dez. 1999, p. 1-10.

selho de Estado criou, para coibir essas práticas, a teoria do desvio de poder: todo ato jurídico, regular em aparência, realizado por um agente público com finalidade distinta daquela à qual estava adstrito, está viciado, por excesso de poder (JÈZE, 1949, p. 79-80).

O excesso de poder é vício de vontade. É vício relativo aos motivos. Verifica-se quando a autoridade, ao agir, estiver movida por motivo distinto daquele que, pela causa do ato, deveria inspirá-la (ZANOBINI, 1958, p. 312).

Entre os doutrinadores pátrios, José Cretella Júnior define (1997, p. 31):

Desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do *poder discricionário* que lhe é conferido para atingir *finalidade diversa* daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara (grifos do autor).

Dessarte, lembra Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 73), nos termos do art. 85, inciso V, da vigente Constituição da República, atentar contra a probidade na administração é hipótese prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo. De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos “imporão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, § 4º).

A Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis em razão dos

atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1º).

O Superior Tribunal de Justiça já teve azo de decidir¹¹.

Não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade.

¹¹Mandado de Segurança nº 5.287-DF, Min. José Delgado, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Diário do Judiciário-MG* de 20.03.1998.

IV - O controle da Administração Pública: visão principiológica

Como acentua Mauro Cappelletti (1989, p. 18), onde há poder deve haver responsabilidade. Poder não sujeito a prestar contas representa uma patologia¹². Consoante Norberto Bobbio (2000, p. 205-206), desde a Antiguidade, os filósofos refletem sobre o problema da melhor forma de governo. Pela lição dos clássicos, há dois critérios principais de distinção entre bom e mau governo. Pelo primeiro, bom governo é aquele do governante que exerce o poder em conformidade com as leis preestabelecidas¹³, e, inversamente, mau governo é o governo daquele que exerce o poder sem respeitar outra lei, exceto aquela dos seus próprios caprichos. Pelo segundo, bom governo é aquele do governante que se vale do próprio poder para perseguir o bem comum, mau governo é o governo daquele que se vale do poder para perseguir o bem próprio. Deles derivam duas figuras típicas de governante odioso: o senhor, que dá leis a si mesmo, o autocrata no sentido etimológico da palavra; e o tirano, que usa o poder para satisfazer seus próprios prazeres, os desejos ilícitos dos quais fala Platão, no IX livro da *República*.

Para o filósofo italiano (1989, p. 86-87), um dos princípios básicos do Estado constitucional é a adoção do caráter público como regra e do segredo como exceção:

Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa - já perfeitamente delineado, exatamente em polêmica com a democracia dos antigos, numa carta de Madison a seus interlocutores -, o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao 'público', permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público, em público.

¹²Norberto Bobbio (1996, p. 3) ressalta a importante conquista advinda do surgimento do Estado Moderno: "Passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão".

¹³Proclamava Rui Barbosa, em vigoroso manifesto contra o autoritarismo do Marechal Floriano Peixoto: "Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação" (D'AMARAL, Márcio Tavares, 2001, p. 152).

Afirma também que democracia é “governo do controle e do consenso” (2000, p. 56).

Acrescenta Cappelletti (1989, p. 18-19):

Parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático - um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é o previsto na Constituição Italiana - é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. Esta correlação é inerente ao que se costuma chamar de sistema de pesos e contrapesos, *checks and balances*. Há, portanto, um fator de mediação entre poder e responsabilidade, e tal fator é, ao mesmo tempo, uma dada filosofia política e a conseqüente estrutura ou forma de governo. É somente nestes sistemas jurídicos baseados na filosofia e estrutura da ‘organização racional’ - ou seja, mais explicitamente, de democracia liberal não autoritária - que a premissa, em que se funda o presente estudo, tem a possibilidade de que o problema da responsabilidade judicial vem assumindo na nossa época peculiar conotação e relevância particularmente acentuada, em razão, exatamente, do crescimento sem precedentes do poder judiciário na sociedade moderna.

Os detentores do poder não se autolimitam voluntariamente. É preciso criar instituições para controlá-los e incorporá-los ao processo do poder (DROMI, 1973, p. 91). A grande questão do Direito Administrativo contemporâneo é como controlar a Administração Pública. Esta, por seu natural crescimento, incentivou consideravelmente as possibilidades materiais de abuso e excesso (GORDILLO, 1981, p. 12).

O controle da Administração Pública fortalece a cidadania. Benjamin Villegas Basavilbaso considera inconcebível Estado de Direito sem Direito Administrativo, cujo império inibe a arbitrariedade e o despotismo. Seu desconhecimento ou violação implica o retorno ao Estado de Polícia, que é a negação da liberdade e dos direitos humanos¹⁴.

Como definir o controle do ato administrativo? Citando grandes autores como Forti, Bergeron e Giannini, Odete Medauar (1993-A, p. 18 e 22), diz que a fiscalização da atividade da Administração Pública consiste na “verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones”. E define: “Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um

¹⁴MARIENHOFF, Miguel S. Prólogo do livro *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo 1, 1970, p. II. Consoante o constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho, hoje se opera o controle da atividade administrativa pelo cidadão através de diversos instrumentos públicos. Esses instrumentos percorrem várias instâncias decisórias. O processo é utilizado como instrumento de proteção da cidadania e dos direitos fundamentais (Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, v. 85, p. 7-69. jul. 1997).

cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”.

Registrando a origem francesa da palavra “controle”, Hely Lopes Meirelles a conceitua, em tema de Administração Pública, como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. E comenta (1983, p. 552-553):

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser *legítima*, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem-comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de *ilegitimidade* e o expõe à *anulação* pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada. Em outros casos, o interesse público impõe a verificação da eficiência do serviço ou a utilidade do ato administrativo, exigindo a sua modificação ou supressão, ainda que legítimo, mas ineficiente, inútil, inoportuno ou inconveniente à coletividade, o que é feito pela Administração - e somente por ela - através da revogação.

Casos há, ainda, em que a realização do ato pelo Executivo ou a sua eficácia depende de autorização ou aprovação do Legislativo, num controle eminentemente político (grifos no original).

Atualmente, mantém-se a ideia de submissão da Administração Pública à lei. Contudo, não se trata mais da lei em sua concepção formalista, vazia de conteúdo e eficácia. Algumas Constituições falam em obediência à lei e ao Direito, como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e a Constituição Espanhola de 1978, querendo significar que todos os órgãos do Estado devem submeter-se não só à lei, em sentido formal, mas também a todos os princípios que se encontram na base do ordenamento jurídico, independentemente de sua previsão expressa no direito positivo (DI PIETRO, 1997, p. 25-26).

Dromi (1986, p. 32-33 e 101) assinala que o controle tem por missão fiscalizar o ajuste que se opera entre os fins objetivos assinalados pelo legislador e as condutas subjetivas manifestadas pelo administrador. O fim comum, ao qual tendem os distintos sistemas e procedimentos de controle, está orientado a verificar o cumprimento do Direito e princípios jurídicos, políticos e éticos de boa administração¹⁵.

¹⁵ O Direito Administrativo está expresso não só em normas positivas, mas também em princípios de Direito Público, selecionados e sugeridos, sobretudo, pela doutrina científica e extraídos, em grande parte, da Constituição (BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Prólogo do livro *Tratado de Derecho Administrativo*, de Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo 1, 1970, p. III).

No Brasil, a Lei Federal nº 9.784, de 29.01.1999, regulando o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que, nos processos administrativos será observado, entre outros, o critério de “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único). Entende-se por “lei”, dessarte, “tanto uma específica modalidade de ato normativo, quanto o sistema jurídico como um todo, compreendendo, evidentemente, a Constituição Federal” (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 55).

Avulta o papel dos princípios em sede de hermenêutica administrativista e controle do ato administrativo.

Na visão kelseniana, o princípio é meramente supletivo, para suprir lacunas na lei. É o que apregoa o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Os juristas do positivismo sempre foram contumazes no menosprezo e aversão aos princípios. Todavia, as correntes antipositivistas do final do século XX fundaram nova Hermenêutica. Retiraram os princípios - dantes designados simplesmente por princípios gerais de Direito - da esfera menor dos Códigos, onde jaziam como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema, para a região mais elevada e aberta das Constituições, cujo espaço oxigenado entraram a ocupar. Ali se fixaram, com aquela densidade normativa que os converteu em senhores supremos da juridicidade constitucional. De tal sorte que, os princípios governam a Constituição e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe. Em caso de conflito constitucional, “o princípio é superior à regra; o princípio se aplica, a regra não” (BONAVIDES, 1988, p. 22-29)¹⁶.

Segundo Canotilho, hoje a subordinação à lei e ao Direito, por parte dos juízes, reclama, de forma incontornável, a “princípioalização da jurisprudência”. O Direito do Estado de Direito do Século XIX e da primeira metade do Século XX é o “Direito das regras dos códigos”. O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito “leva a sério os princípios”, é um “Direito de princípios”. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na “metódica de concretização do Direito” e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes¹⁷.

É também do festejado constitucionalista luso (1993, p. 168-169) a afirmação de que a existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um “constitucionalismo adequado” (Alexy), de estrutura sistêmica. Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como “sistema aberto de regras e princípios”. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria disci-

¹⁶ Consoante Juarez Freitas (1998, p.165 e 167), interpretar é hierarquizar: “Deve o intérprete constitucional, com sabedoria, buscar a interpretação que evite a ruptura do sistema de princípios constitucionais, sendo esta a razão teleológica do controle de constitucionalidade. [...] Uma consciente interpretação do Direito Administrativo jamais poderá ser isolada ou destituída da necessária conexão com a inteireza do sistema, na sua vocação teleológica para a abertura e para a unidade. Com efeito, toda interpretação juspublicista, mesmo diante das questões mais singelas, há de ser sistemática, principiológica e hierarquizada”.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, A ‘princípioalização’ da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: Ed. RT, v. 98, p. 83-84, abr.-jun. 2000.

plina legislativa exaustiva e completa - “legalismo” - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente aberto.

Com percuciência, assinala Cármem Lúcia Antunes Rocha que a Administração Pública brasileira constitucionalizou-se, com a promulgação da Constituição de 1988 (1994, p. 15):

Os fundamentos de seu regime já não se põem na norma infraconstitucional. Repousam, antes, na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais e, inclusive, as regras referentes a alguns comportamentos e decisões considerados pelo constituinte como dotados de magnitude.

Os princípios que informam o Direito Administrativo são, alguns, a ele peculiares e, outros, comuns a outros ramos do Direito Público. Como o Direito Administrativo possui elaboração pretoriana e não-codificada, os princípios desempenham papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Poder Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora, mencionando alguns princípios a que se submete a Administração Pública direta, indireta ou fundacional: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).

Concentra-se o nosso estudo no princípio da moralidade, o qual, aliás, já era agasalhado pela jurisprudência anterior à Carta de 1988. Hely Lopes Meirelles citava aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1983, p. 63):

O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo¹⁸.

Em excelente monografia, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, ressalta a mudança operada no princípio da legalidade e na discricionariedade administrativa. O princípio da legalidade ampliou-se, albergando, hoje, não somente a lei, formalmente considerada, mas o Direito, impregnado de todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988.

Logo, discricionariedade não é mais liberdade de atuação limitada pela lei, mas liberdade de atuação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade adquire

¹⁸ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já na vigência da Carta de 1988, considerou nulo o acesso de funcionário, que ainda não cumprira estágio probatório, a cargo de confiança, com melhor remuneração, baseando-se no princípio da moralidade (Ap Cív nº 120.012/0, Des. Francisco Figueiredo, *Diário do Judiciário-MG* de 18.08.1999).

¹⁹ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

conteúdo material, antes desconhecido. Acrescentaram-se aos limites puramente formais da discricionariedade administrativa (competência e forma) outros limites, principalmente nos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito (Corte Suprema norte-americana e Conselho de Estado francês). Muitas teorias e princípios de Direito Administrativo têm origem pretoriana. O controle judicial ampliou-se, pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana.

Avultou-se a tarefa do Poder Judiciário, devendo apreciar o conteúdo axiológico das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam com ele desconformes.

O princípio da moralidade adquire novo conteúdo, inconfundível com aquele idealizado por Hauriou e absorvido, em grande parte, pela teoria do desvio do poder. Tal como hoje visto, exigem-se da Administração Pública comportamentos compatíveis com o interesse público, que lhe incumbe tutelar e voltados para os ideais expressos nitidamente no preâmbulo da Constituição. A moralidade tem que estar não só na intenção do agente, mas também - e principalmente - no próprio objeto do ato e na interpretação da lei que faça o administrador, para aplicá-la aos casos concretos.

Mediante o princípio da moralidade, amplia-se a extensão do controle do ato administrativo discricionário.

Citando Caio Tácito, Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 54 e 61) assinala que “a regra de competência não é um cheque em branco”. Ela traça o seu próprio destino, presume uma específica direção e só pode ser utilizada perante determinadas circunstâncias:

O que se deve encarecer é que a Administração - e, pois, o administrador - enfeixam ‘deveres-poderes’, porquanto os poderes têm destino apenas serviente. [...] Deveras, como o Texto Constitucional estabelece que todo poder emana do povo, o poder que o agente administrativo maneja é colhido na fonte legislativa - representativa de nossa voz - e só é exercitável para atender ao nosso interesse (interesse do povo, da coletividade). O terceiro - o sujeito alheio ao administrador enquanto tal - é a coletividade em cujo proveito se exerce o poder. Este exercício apresenta-se como instrumento necessário para que o agente público se desincumba do dever de dar provimento à finalidade configurada pela lei como útil ao todo social. Eis por que o meneio do poder só é legítimo, só é válido, caso esteja de fato coincidente com a finalidade que lhe serve de justificação.

V - Improbidade administrativa

Lamentava Rafael Bielsa (1960, p. 213):

A crise moral e jurídica que, na República, é a causa principal de sua decadência, em todas as ordens (política, jurídica, social e econômica), deve considerar-se, principalmente, no âmbito da função pública. É necessário diferenciar o fato de aproveitar a função pública para obter um vencimen-

to, do fato, muito mais grave, de procurar, por todos os meios, usufruir o cargo público para se enriquecer ilícitamente. Aquele que procura vencer uma eleição, ou obter uma nomeação, para poder manipular recursos públicos em proveito próprio, ou prevalecer-se da autoridade ou influência do cargo, age como o bandido que organiza um assalto ou forma quadrilha, para saquear ou extorquir.

Atos de improbidade administrativa violam o princípio da moralidade administrativa. O art. 37, § 4º, da CF/88 dispôs que

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública, direta, indireta ou fundacional.

Fábio Medina Osório (1998, p. 61-62) define:

A idéia de improbidade administrativa passa pelo descumprimento, por atos dos agentes públicos, dos preceitos constitucionais e legais básicos, que regem o setor público, resumindo-se em duas exigências fundamentais: legalidade e moralidade dos atos dos agentes públicos.

A ilegalidade e a imoralidade *lato sensu* (abrangendo, portanto os princípios da supremacia do interesse público, da impessoalidade, publicidade, razoabilidade, lealdade etc.) são causas de improbidade administrativa.

Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do *dever de probidade administrativa*, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima (grifos do autor).

Prossegue o publicista gaúcho²⁰, afirmando que a consolidação das democracias, sobretudo no mundo ocidental, acarreta transparência e cobrança por métodos de controle da imoralidade administrativa:

A própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por um combate duro e sistemático aos casos de corrupção e improbidade administrativas, sobretudo porque o moderno direito público proclama a superioridade do interesse da coletividade e sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição, até mesmo, de manutenção e asseguramento desse último.

²⁰ Observações sobre a improbidade administrativa à luz da Lei 8.429/92, *Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 96-115, jun. 1997.

A origem etimológica do termo é do latim *probus*, no sentido de reto, leal, justo (DE PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 454). Álvaro Lazzarini²¹, assinala serem “probidade” e “moralidade” vocábulos relacionados entre si, desde a origem latina. O dever de probidade decorre diretamente do princípio da moralidade, que lhe é anterior e hierarquicamente superior.

O mesmo autor acrescenta que o art. 1º da Lei nº 8.429/92 não se restringe aos órgãos do Poder Executivo, mas também do Legislativo e Judiciário²². Os arts. 2º e 3º alargaram o conceito de agente público, estendendo-o a quem, mesmo não sendo agente público, induz ou concorre para a prática do ato. Sublinha, por fim, a observância obrigatória, por todos esses sujeitos ativos, dos princípios básicos da Administração Pública, capitulados pelo art. 37 da CF/88 (art. 4º, Lei nº 8.429/92).

Medina Osório²³, manifesta discordância dos que sustentam que a lei enfocada atinge somente os atos de natureza administrativa, excluindo-se de sua incidência os atos legislativos e jurisdicionais. Argumenta que a administração da justiça é atividade tipicamente jurisdicional e também pode restar marcada pela improbidade das autoridades judiciárias, proporcionando-lhes enriquecimento ilícito. A restrição deixaria de fora, de modo injustificado, os graves problemas de corrupção nas mais diversas esferas estatais.

Se o sujeito passivo imediato da improbidade é o Estado, não se pode descartar do âmbito legal as hipóteses em que atos legislativos ou judiciários atem contra as exigências de honestidade *lato sensu* dos agentes públicos. Semelhante restrição apenas proporcionaria maior campo jurídico à impunidade daqueles que atuam criminosamente em detrimento do erário, dos interesses estatais e da sociedade, deterioram a imagem do Estado no meio comunitário. Há

²¹Improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, out. 1997.

²²Vem a lume a lição de José Cretella Júnior (1992, p. 20): “*Além da função própria, específica, inerente ao Legislativo - função de criar o direito, função de legislar -, esse mesmo Poder pode administrar e julgar, funções anômalas, peculiares aos outros dois Poderes; além da função específica, inerente ao Poder Judiciário - função de aplicar contenciosamente a lei, função jurisdicional -, esse mesmo Poder administra e legisla; por fim, além da função específica, inerente ao Poder Executivo - função de aplicar de ofício a lei -, esse mesmo Poder legisla e julga*” (grifei). Miguel Seabra Fagundes (1984, p. 4) assinala que o Poder Judiciário, sob certo ponto de vista, é também Poder Executivo: embora aplicando a lei somente nos casos de conflito, nem por isso deixa de praticar atos executivos. Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez (1974, p. 27) sustentam não haver uma só Administração Pública, senão uma pluralidade de Administrações Públicas, titulares, todas elas, de relações jurídico-administrativas (ex., administrações locais, provinciais, municipais etc.). Aqui se incluem as atividades administrativas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. A Lei nº 8.429/92 considerou Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional. Nesse sentido, ensina Di Pietro (1999, p. 54), a expressão designa a natureza da atividade exercida pelos entes que exercem a atividade administrativa (pessoas jurídicas, órgão e agentes públicos).

²³Observações sobre a improbidade administrativa à luz da Lei 8.429/92, *Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 96-115, jun. 1997.

adotar-se linha de interpretação teleológica e sistemática, a qual não poderia partir da literalidade de que a gênese constitucional da improbidade se encontra no art. 37, § 4º, da CF, destinando-se apenas aos administradores públicos.

Em verdade, o princípio constitucional é de ser observado por todos os Poderes da República, em seus variados níveis, sem embargo de sua aplicabilidade mais direta estar direcionada à Administração Pública. A legislação infraconstitucional (art. 9º, Lei nº 8.429/92) trata dos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, contra a Administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes do Estado, o que significa, no contexto constitucional, vedação à desonestidade em qualquer das esferas estatais. O Juiz que vende sentenças e o parlamentar que negocia seus votos certamente recebem vantagens patrimoniais indevidas, em razão de seus cargos.

Prossegue Osório considerando o espírito e alcance da legislação sob comento. Deve-se partir, *ab initio*, da presunção de que o administrador público somente pode atuar nos limites e no estreito espaço que lhe é outorgado pelas normas legais e constitucionais, não podendo alegar desconhecimento a esse respeito. A legislação é severa, porque ao administrador público, aos agentes públicos e políticos em geral incumbe a tarefa de adotar postura exemplar à sociedade, agindo honestamente, dentro dos padrões éticos dominantes, com lisura, transparência, lealdade e probidade administrativa (evoca o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sugerido por Celso Antônio Bandeira de Mello).

Assinala que as normas da Lei nº 8.429/92 (*v.g.*, arts. 4º, 5º e 11) são normas amplas, que se integram ao sistema constitucional teleologicamente voltado para a proteção da moralidade e da legalidade administrativas. A sociedade escolheu, por seus representantes, o caminho do combate rigoroso à improbidade administrativa, resgatando os princípios éticos da lealdade, honestidade e probidade, no trato da coisa pública.

O legislador utiliza inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁴, consagrando o modelo de aplicação judicial do direito.

Cita, adiante, o Ministro José Augusto Delgado, do STJ:

O valor jurídico do ato administrativo não pode ser afastado de seu valor moral, implicando isso um policiamento ético na administração. A motivação e o modo de agir do agente público submete-o a controles, especialmente ante o princípio da moralidade administrativa. Ações maliciosas ou imprudentes devem ser reprimidas. A doutrina há de buscar alcance largo ao princípio da moralidade.

Lembra também o jurista gaúcho que a invalidação do ato administrativo, configurada a ilegalidade enquadrável na categoria de improbidade administrativa,

²⁴Segundo Odete Medauar (1999, p. 128), o conceito é tratado na doutrina alemã. A expressão designa as fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no direito privado, como, por exemplo: boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para pessoas e bens, ordem pública etc.

é medida que se impõe ao administrador público e ao Poder Judiciário, concorrentemente²⁵. A própria Administração tem o dever de anular seus atos ilegais. O alcance da nulidade e seus efeitos dependerão da natureza do vício e de seu enquadramento na Lei nº 8.429/92. Em regra, a invalidação retroage à data do seu início.

Noutro ensaio²⁶, Osório sustenta não ser plausível ao julgador, após concluir pela presença dos requisitos autorizadores de reconhecimento da improbidade administrativa, em qualquer de suas modalidades, optar pela exclusão da sanção relativa à suspensão dos direitos políticos, ou reduzir o *quantum* sancionatório a patamar aquém do mínimo legal. Com efeito, o legislador determina a imposição cumulativa obrigatória das sanções legais, donde ser incabível ao juiz reduzir a aplicabilidade da lei, sob pena de criar campo fértil às arbitrariedades e às desigualdades, emergindo falta de critérios na escolha das sanções incidentes nos casos concretos. Diante da expressa previsão constitucional (arts. 15, inciso V, e 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988), não há margem de liberdade para que o juiz opte pela não suspensão dos direitos políticos daqueles que são condenados por improbidade administrativa.

Marcelo Figueiredo²⁷, critica os rigores do art. 11 da Lei nº 8.429/92, podendo levar a ser consideradas atos de improbidade todas as falhas que o administrador público possa cometer (ex., realização de tomada de preços, em vez de concorrência, sem, contudo, acarretar qualquer prejuízo ao erário).

Também o art. 10 da mesma lei (ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial etc.), não pode, segundo o autor, ser aplicado literalmente (ex., simples colisão de automóvel ou aplicação financeira lícita, com recomendação da assessoria econômica, que venha a acarretar imprevisível prejuízo etc.).

Segundo Figueiredo, Tribunais de Contas, notadamente estaduais, julgam irregulares, e até nulos, contratos administrativos por singelos erros formais.

Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, ainda que se comprove a violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa por parte do infrator, nenhuma indenização é devida, se não acarretou prejuízo. O Supremo Tribunal Federal, ao contrário, já decidiu que a lesividade decorre da ilegalidade, sendo dispensável a existência de lesão (lesividade presumida). Para Figueiredo, o entendimento do Excelso Pretório pode levar a injustiças.

Por fim, apregoa interpretação ampla dos arts. 12 e 21 da Lei nº 8.429/92. Devem ser considerados a extensão do dano e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

²⁵ Reza o enunciado da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 766, P. 88-99, ago. 1999.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, p. 50-55, v. 12, jan.-mar. 1997.

No que se refere à prescrição, a teor do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, contra os agentes públicos. José Afonso da Silva (1990, p. 566), comentando o princípio da prescribibilidade dos ilícitos administrativos, afirma que este comporta uma ressalva. Apenas a apuração e a punição do ilícito prescreverão, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É ressalva constitucional, logo, inafastável. Todavia - critica o autor -, destoa dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se à Administração inerte “o prêmio da imprescritibilidade, na hipótese considerada”²⁸.

Acesa polêmica instaurou-se com a reedição, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 2000, da Medida Provisória nº 2.088, estabelecendo sanções aos membros do Ministério Público quando ajuizarem ações de improbidade administrativa “manifestamente improcedentes”. É conceito vago e subjetivo.

Todavia, a partir da reedição de nº 36, em 26 de janeiro de 2001, limitou-se a referida medida provisória a acrescentar parágrafos ao art. 17 da Lei nº 8.429/92, determinando a instrução da inicial com documentos ou justificativa da impossibilidade de instruí-la; a oitiva prévia do requerido, em quinze dias; despacho do juiz, em trinta dias, recebendo ou rejeitando a inicial, se inexistente ato de improbidade, improcedente a ação ou inadequada a via eleita; dispondo sobre cabimento de agravo de instrumento da decisão que receber a inicial; dispondo que, em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o feito; e dispondo sobre aplicação do art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, aos depoimentos e inquirições (autoridades executivas, legislativas e judiciárias ajustam dia, local e hora para depoimentos e, algumas delas, podem prestá-los por escrito).

A jurisprudência já vem se sedimentando acerca da improbidade administrativa:

a) não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas pela Lei nº 8.429/92²⁹;

b) não se aplicam as sanções da Lei nº 8.429/92 sem prejuízo e sem demonstração de culpa ou má-fé³⁰;

²⁸ Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A teor do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis contra os agentes públicos” (Ap. Cív. n. 132.809-5, Des. Abreu Leite, *DJMG* de 04.04.2000). Igualmente: “A prescrição aludida no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92, editada por disposição do art. 37, § 5º, da CF/88, refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos, eis que o mencionado § 5º, *in fine*, do art. 37 da CF/88, ressaltou as ‘respectivas ações de ressarcimento’ (Emb. Infring. na Ap. Cív. n. 77.468/7, Des. Orlando Carvalho, julg. em 21.10.1997).

²⁹ Superior Tribunal de Justiça, R Esp nº 213-994-MG, Min. Garcia Vieira, *Diário de Justiça da União* de 27.09.1999.

³⁰ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. nº 133.815/1, Des. Orlando Carvalho, *Diário de Justiça-MG* de 27.08.1999.

c) não pode a Lei nº 8.429/92 ser aplicada retroativamente, para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso³¹;

d) inadmissível a concessão de liminar em ação civil pública, para decretação da indisponibilidade de bens de ex-prefeito, com base no art. 7º da Lei nº 8.429/92, quando os atos inquinados de improbidade administrativa tenham sido praticados antes da vigência da referida lei, uma vez que é vedada a aplicação da norma a condutas ilícitas cometidas anteriormente à sua edição³²;

e) ao julgar o recurso do Prefeito afastado de São Paulo, Celso Pitta, negando provimento ao recurso contra decisão do TJSP confirmatória do afastamento do cargo, o Ministro Milton Luiz Pereira, do STJ, afirmou a prevalência, no caso, do princípio *in dubio pro societate* (não obstante, por maioria de votos naquela Corte, o Prefeito foi reconduzido ao cargo)³³;

f) o Tribunal de Contas-RS autoriza a utilização da Procuradoria do Município ou mesmo a contratação de advogado para defesa pessoal de prefeitos em processos por fatos ligados ao exercício supostamente irregular das funções, ao argumento de que o ente público tem interesse, em tese, na defesa do cargo de seu representante legal³⁴;

g) o Tribunal de Justiça-RS reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover apuração de responsabilidade daqueles que, pela prática de atos, causem lesão ao patrimônio público (cf. Medina Osório, RT 740/106-108), lembrando que não são raras as hipóteses em que agentes públicos (vereadores, prefeitos, deputados etc. recebem diárias irregulares ou em que efetuam despesas públicas sem suporte legal, com prejuízos ao erário e à sociedade);

³¹ Superior Tribunal de Justiça, R Esp nº 209.491-SP, Min. Garcia Vieira, *Diário de Justiça da União*.

³² Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. nº 140.420/1, Des. Aluizio Quintão, *Diário de Justiça-MG* de 18.05.2000.

³³ Igualmente, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Ag. Instr. 092.762-5/3-00, Des. Rui Stoco, RT 764/113: “Nas hipóteses de imputação de improbidade administrativa não é a possibilidade de sucesso na ação principal e sua adequação jurídica que conduza ao acolhimento da proposta do órgão ministerial que sustenta e justifica a medida cautelar de seqüestro de bens do agente da Administração Pública, senão e apenas a fundada suspeita de malversação e de munificência com o dinheiro público, pois se a lei de regência busca um juízo de certeza da ação principal, com relação ao provimento de natureza cautelar, *contenta-se com a simples dúvida*” (grifei). Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Ag. nº 211.772-9/00, Des. Murilo Pereira, *Diário de Justiça-MG* de 12.06.2001): “Se a prova trazida aos autos é inequívoca e verossímil, de modo a justificar o afastamento do prefeito temporariamente do seu cargo, medida que se legitima, por ser necessária à instrução processual, a fim de integral apuração dos fatos, é de se manter a liminar concedida na ação civil pública, que determinou aquele afastamento, sendo de se indeferir o pedido formulado no agravo para suspender a decisão, por não estarem presentes os requisitos justificadores da sua concessão”.

³⁴ *Apud* Fábio Medina Osório, que, entretanto, discorda, aduzindo que a responsabilidade penal ou extrapenal do agente público que comete, em tese, crime contra o Município, é pessoal, o imputado responde processo como pessoa física que atingiu os interesses do ente público, não havendo exceção, a esse respeito, relativamente aos agentes políticos (artigo citado, *Revista dos Tribunais*, 740/103-105).

h) o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu competente o juízo cível para conhecer das causas envolvendo improbidade administrativa, inexistente o caráter criminal das sanções³⁵;

i) na ação que visa a anular atos praticados ilegalmente, em ofensa ao patrimônio público, há litisconsórcio passivo com o ente público praticante do ato, *u.g.*, o Município, cumulativamente com a busca da responsabilização pessoal do agente público³⁶;

j) é permitida a quebra do sigilo bancário de agente público, ao qual se imputa prática de improbidade administrativa³⁷;

k) procede ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, para condenar vereador, que se apropriou indevidamente de grande parte do salário de assessor, a ressarcir ao erário os danos causados³⁸;

l) a aprovação das contas do Executivo pelo Legislativo não possui o condão de afastar a investigação da questão pelo Ministério Público, e sequer de excluir do Judiciário a apreciação sobre a matéria, sob pena de ofensa à garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF)³⁹.

Caso queiramos proscrever a chaga da corrupção do nosso meio social, é preciso atentar para as seguintes ilações:

a) por tradição sociocultural, o Brasil convive com corrupção na gestão da coisa pública, em todos os níveis federativos e esferas de Poder;

b) não obstante a nefanda tradição, na última década, surgiram e se afirmaram clamores por ética na Administração Pública;

c) foi significativa a adoção da moralidade, pela Constituição Republicana de 1988, como um dos princípios informadores da Administração Pública, obrigando os gestores da coisa pública a agir em sintonia com os valores éticos mais caros à sociedade brasileira;

³⁵ Idem.

³⁶ *Apud* Fábio Medina Osório, citando ação civil pública ajuizada em São Jerônimo-RS (artigo cita do, *Revista dos Tribunais*, 740/111; no mesmo sentido, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. nº 185.437-1/00, Des. Célio César Paduani, *Diário do Judiciário-MG* de 31.05.2001)

³⁷ “As normas do direito ao sigilo da inviolabilidade da vida privada devem ser interpretadas em harmonia com as de proteção do patrimônio público. A interpretação harmônica das normas constitucionais obriga conciliar o interesse público com o interesse particular e justifica a limitação dos direitos da vida privada, quando guarda relação de pertinência com o objeto das investigações. Havendo suspeitas de que exista lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, justifica-se a quebra de direitos constitucionais para se fazer o levantamento da prova” (Tribunal de Justiça-MG, Agravo nº 183.841-6/00, Des. Almeida Melo, *Diário do Judiciário-MG* de 06.03.2001).

³⁸ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. nº 184.462-0/00, Des. Rubens Xavier Ferreira, *Diário do Judiciário-MG* de 03.05.2001.

³⁹ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. nº 185.437-1/00, Des. Célio César Paduani, *Diário do Judiciário-MG* de 31.05.2001.

d) o princípio da moralidade está associado à teoria do desvio de poder, segundo a qual há uso indevido do poder discricionário, pela autoridade administrativa competente, quando pratica o ato administrativo para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara;

e) o controle da Administração Pública é apanágio do Estado Democrático de Direito, onde o Poder tem de prestar contas e atuar com transparência;

f) mediante o controle, será verificada a conformidade da atuação da Administração Pública com a lei e o Direito, abarcando, pois, os princípios consagrados explícita e implicitamente no ordenamento jurídico pátrio;

g) o controle judicial da Administração Pública estende-se, assim, aos atos discricionários, para verificar sua adequação aos princípios informadores da atividade administrativa e ao interesse público;

h) a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, dispôs sobre as sanções aplicáveis em razão dos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido, ou concorra, com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e

i) o aplicador, ao interpretar a Lei nº 8.429/92, deverá estar atento ao largo espectro de sua aplicação e não deverá mitigar o rigor dos preceitos por ela editados.

Urge a assimilação por todos os brasileiros da assertiva de Rudolf von Ihering (1980, p. 49 e 61):

O grau de energia com que o sentimento de justiça se manifesta diante duma agressão constitui medida segura da importância que o direito em si ou determinado instituto jurídico assume para os objetivos peculiares dum indivíduo, duma profissão ou dum povo. [...] A atitude dum indivíduo ou povo diante duma ofensa ao seu direito constitui a melhor pedra de toque do seu caráter.

Se quisermos exercer nosso direito a governos honestos⁴⁰.

⁴⁰“Todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto” (MEIRELLES, Hely Lopes, 1985, 89).

Referências bibliográficas

ALVES, RUBEM. *A alegria de ensinar*. 2. ed. Campinas: Papyrus, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 85, p. 7-69, jul. 1997, 7/69.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa* - Referendo, plebiscito e iniciativa popular. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

BIELSA, Rafael. *La función pública* - Caracteres jurídicos y políticos - La moralidad administrativa. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1960.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* - Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões* - Política e Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A 'principalização' da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: Ed. RT, v. 98, p. 83-84, abr.-jun. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O 'desvio de poder' na Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

D'AMARAL, Márcio Tavares. *Rui Barbosa*. In: LACOMBE, Américo Jacobina (Sup.). *A vida dos grandes brasileiros*. São Paulo: Editora Três, v. 1, 2001 (coleção).

DEBBASCH, Charles. *Science Administrative - Administration Publique*. Paris: Dalloz, 1989.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DROMI, Roberto. *Introduccion al derecho administrativo*. Madri: Editorial Grouz, 1986.

DROMI, Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editora Astrea, 1973.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 22, p. 38-43, jan.-mar. 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 12, p. 50-55, jan.-mar. 1997.

FIORI, José Luís. *Brasil no espaço*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/Editores 1998.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GARCIA, Eduardo de Enterría; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas-Revista de Occidente, tomo 1, 1974.

GORDILLO, Agustin. *Problemas del control de la Administración Pública en America Latina*. Madri: Editora Civitas, 1981.

GRAU, Eros Roberto; BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Melo. A corrupção no Brasil, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 7-20, n. 80, jan. 1995.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millan Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, v. 3, 1949.

LAMBERT, Jacques. *América Latina: Estruturas sociais e instituições políticas*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional/EUSP, 1972.

LAZZARINI, Álvaro. Improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, out. 1997.

LLOSA, Mario Vargas. *Peixe na água: Memórias*. Tradução de Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

MACHADO, Rubens Approbato. Sob duas conchas e dois palácios, *Folha de São Paulo*, 29 de abr. 2001, p. A-3.

MARCÍLIO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coords.). *Ética na virada do século*, São Paulo: Editora LTR, 1997.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo 1, 1970.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1999.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora RT, 1993-A.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa, *Revista dos Tribunais*, v. 766, p. 88-99, ago. 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa* - Observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações sobre a improbidade administrativa à luz da Lei 8.429/92, *Revista dos Tribunais*, v. 740, p. 96-115, jun. 1997.

OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. 3. ed. Madri: EISA, 1951.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa* - Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

RAMO, Cláudio Weber; ALMEIDA, Márcio. Pé Vermelho! Mãos Limpas! *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 out. 2001, p. A-3.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALDANHA, Néelson. *Ética e história*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 1990.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 1-10, out.-dez. 1999, p. 1-10.

ZANOBINI, Guido. *Curso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milão: Dott.A. Giuffrè Editore, v. 1, 1958.

Ética e eficiência no âmbito dos serviços notariais e de registro

Antigos filósofos gregos, como Platão e Aristóteles, já falavam da Ética como prática da virtude: fazer o bem, não fazer o mal. Segundo Aurélio Buarque de Holanda, a expressão vem do grego *ethos*, significando costume, uso ou característica (1986, p. 733).

Diversos preceitos bíblicos pregam ao indivíduo não fazer a outrem aquilo que não gostaria fosse feito contra si mesmo.

Will Durant observou (2000, p. 61-62):

Todas as concepções morais giram em torno do bem geral. A moralidade começa com associação, interdependência e organização. A vida em sociedade requer a concessão de uma parte da soberania do indivíduo à ordem comum; e a norma de conduta acaba se tornando o bem-estar do grupo. A natureza assim o quer, e o seu julgamento é sempre definitivo; um grupo sobrevive, em concorrência ou conflito com um grupo, segundo sua unidade e seu poder, segundo a capacidade de seus membros de cooperarem para fins comuns. E que melhor cooperação poderia haver do que aquela em que cada qual estivesse fazendo aquilo que melhor sabe fazer? Este é o objetivo da organização que toda sociedade deve perseguir, para que tenha vida.

O culto magistrado paulista José Renato Nalini definiu Ética como ciência do comportamento moral dos homens em sociedade (1997, p. 30):

É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio. O objeto da Ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática. Com exatidão maior, o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, ‘o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem’ (Eduardo García Máynez, *Ética - Ética empírica. Ética de bens. Ética formal. Ética valorativa*).

O Estado, através do Poder Legislativo, edita leis. Estas são normas gerais e abstratas, de observância obrigatória pelos cidadãos. Editando leis, o Estado sanciona preceitos éticos.

O grande jurista alemão Jellinek dizia ser o Direito o mínimo ético (REALE, 1980, p.42).

A moral é desprovida de sanção exterior. Ao deixarmos de observar preceito ético, sofreremos uma sanção interior: é o “peso na consciência”. Diversamente, a sanção legal é externa (*v.g.*, multa ou privação da liberdade).

O mundo contemporâneo anda desgarrado dos valores éticos. Vivemos uma era de intenso consumismo, valorização de bens materiais, luxúria, uso de diversas substâncias entorpecentes e violência generalizada na vida cotidiana e nos meios de comunicação.

Todavia, embora se pretenda criar um mundo sem ética, há movimentos em sentido contrário. Vem a lume texto lapidar do saudoso Franco Montoro (MARCÍLIO; RAMOS; 1997, p. 13-14):

Na segunda metade do século 20, é impressionante o volume de publicações sobre ética, em todas as partes do mundo e em todos os setores do conhecimento. As publicações, estudos, pesquisas e debates sobre o tema estendem-se a todas as áreas da atividade humana. Ética na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração, na justiça, nos negócios, no esporte, na ciência, na economia, na comunicação. As obras sobre ética, em seus múltiplos aspectos, enchem as estantes das bibliotecas e das livrarias. 'Ética para Amador' é o título do estudo de Fernando Savater, que se tornou *best-seller* dos livros vendidos na Espanha, com sete edições num só ano, em 1991. E a parte da Filosofia mais estudada neste final de século é a Axiologia, a Filosofia dos 'Valores'.

Paralelamente a essa intensa produção no campo da ciência, da arte e da filosofia, multiplicam-se em toda parte movimentos populares ou associativos, reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal. Movimentos semelhantes à famosa 'campanha das mãos limpas', na Itália, vêm ocorrendo em quase todas as Nações. No Brasil, esses movimentos provocaram processos inéditos em nossa história, que culminaram com a punição de altos funcionários, a cassação de mandatos de parlamentares e do próprio Presidente da República.

Esses fatos revelam - no campo da produção intelectual e do comportamento social - um incontestável retorno às exigências de ética.

Por que a ética voltou a ser um dos temas mais trabalhados do pensamento filosófico contemporâneo? - pergunta José Arthur Gianotti, em estudo que integra a obra coletiva sobre 'Ética', editada pela Secretaria Municipal da Cultura, de São Paulo e a Companhia das Letras, em 1992.

A resposta talvez possa ser indicada no célebre título do romance de Balzac, *Ilusões Perdidas*. Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico.

Da Ética individualista, vigente no século XIX (Liberalismo Econômico), passamos contemporaneamente a prestigiar a Ética de conteúdo social (Estado Social e Democrático de Direito). Além dos valores atinentes ao indivíduo (vida, liberdade, propriedade etc.), relevamos valores referentes a toda comunidade

(p.ex., saúde, educação, previdência e assistência social, assistência à criança, ao adolescente e ao idoso, proteção ao meio ambiente e aos consumidores, cultura, desporto, lazer etc.).

As reflexões sobre a ética têm ocupado filósofos e juristas contemporâneos. Os valores morais penetram o campo do Direito Privado. Georges Ripert destacava a penetração da regra moral no mundo jurídico (2002, p. 24).

É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. [...] O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa.

A Constituição Brasileira de 1988 revolucionou o Direito Civil. O saudoso Carlos Alberto Bittar assinalava que o texto constitucional se mostrou coerente com a evolução processada no Direito Privado, tanto no nível doutrinário, quanto no jurisprudencial. Acolheu soluções que têm sido recepcionadas pelo Direito interno e o Direito dos países mais desenvolvidos. Consagra noções éticas, sociais, políticas e econômicas para a reger as relações privadas. Valores morais produzirão consequências no âmbito dos direitos obrigacionais, da teoria dos contratos, da teoria da responsabilidade civil, do relacionamento familiar (influenciado pelas ideias de igualdade entre homem e mulher e paridade entre os filhos, dentre outros posicionamentos específicos), dos direitos intelectuais e em outros campos da vida privada (BITTAR, 1991, p. 25-26):

Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos face à lesão, o controle administrativo de atividades, serão utilizadas com frequência, e conceitos como o abuso de direito, a citada lesão e o enriquecimento ilícito ganharão explicitação no novo Código, em defesa de pessoas, de categorias, de consumidores, individual ou coletivamente considerados, dentre inúmeras outras aplicações possíveis.

A indenizabilidade do dano moral ganha foros de constitucionalidade, na sagração de princípio que sempre nos pareceu basilar na órbita privada, face ao extraordinário cunho ético de que se revestem as normas as normas jurídicas em determinados setores, como nos direitos de personalidade, nos direitos autorais, nos direitos da pessoa e em outros.

O destaque dos elementos sociais impregnará o Direito Privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é o fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de

prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados

Miguel Reale enalteceu o sentido ético do Código Civil de 2002. Segundo o juriconsulto, com sua entrada vigor, a 10 de janeiro de 2003, podemos perceber a diferença entre o Código de 1916, elaborado para um país predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade, na qual prevalece o sentido da vida urbana. Passaremos do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade. Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade, em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.

Reale conclui (2002):

O que importa é verificar que o novo Código Civil vem atender à sociedade brasileira, no tocante às suas aspirações e necessidades essenciais. Agora, que já se possuem publicações que põem em cotejo os artigos do Código de 1916 com os do Código de 2002, será fácil avaliar o que este representa em nosso desenvolvimento cultural.

É indispensável, porém, ajustar os processos hermenêuticos aos parâmetros da nova codificação, pois como nos ensina o Hans Georg Gadamer - falecido recentemente aos 102 anos -, a hermenêutica não se reduz a mero conjunto de normas interpretativas, porque é da essência mesma da realidade cultural que se quer compreender. Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída.

O novo Código Civil consagrou o princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé objetiva é norma genérica, que emprega termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de interpretação. Na sua aplicação, o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Configura uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

O Superior Tribunal de Justiça, outrossim, tem assumido posição vanguardista, ao decidir:

A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, 'na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade (Recurso Especial n. 64.124-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Diário do Judiciário-MG* de 16.05.1997).

No âmbito do Direito Público, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sobre o princípio da moralidade, Lúcia Valle Figueiredo ressalta (1995, p. 49).

O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração, que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Miguel Reale pontifica (1993, p. 392):

O homem jamais se desprende do meio social e histórico, das circunstâncias que o envolvem no momento de agir. Delas participa e sobre elas reage: são forças do passado que atuam como processos e hábitos lentamente constituídos, como laços tradicionais e lingüísticos, que a educação preserva e transmite: são forças do presente com seu peso histórico imediato; são forças do futuro que se projetam como idéias-força, antecipações e 'programas de existência' envolvendo predominantemente a psique individual e coletiva.

Outrossim, a Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998) deu nova redação àquele art. 37 da Magna Carta e acrescentou o princípio da eficiência, também de observância obrigatória no âmbito da Administração Pública. Para compreender o referido princípio, é preciso definir a denominada Administração Pública Gerencial (PEREIRA, 1996):

É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados, pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau real, ainda que limitado, de confiança, como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os órgãos descentralizados é o contrato de gestão.

Enquanto a administração pública burocrática se concentra no processo legalmente definido, em definir procedimentos para contratação de pessoal, para compra de bens e serviços, e em satisfazer as demandas dos cidadãos,

a administração pública gerencial orienta-se para resultados. A burocracia concentra-se nos processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção, os controles são preventivos, vêm *a priori*. Entende, além disto, que punir os desvios é sempre difícil, se não impossível; prefere, pois, prevenir, estabelecendo estritos controles legais. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros - definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil - não tem outra alternativa senão controlar os procedimentos.

A administração pública gerencial, por sua vez, assume que se deve combater o nepotismo e a corrupção, mas que, para isto, não são necessários procedimentos rígidos. Podem ter sido necessários quando dominavam os valores patrimonialistas; mas não o são hoje, quando já existe uma rejeição universal a que se confundam os patrimônios público e privado. Por outro lado, emergiram novas modalidades de apropriação da *res publica* pelo setor privado, que não podem ser evitadas pelo recurso aos métodos burocráticos. *Rent-seeking* é quase sempre um modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado e exige que se usem novas contra-estratégias. A administração gerencial - a descentralização, a delegação de autoridade e de responsabilidade ao gestor público, o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato - além de ser uma forma muito mais eficiente para gerir o Estado, envolve estratégias muito mais efetivas na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado.

Enquanto a administração pública burocrática é auto-referida, a administração pública gerencial é orientada para o cidadão. Como observa Barzelay, 'uma agência burocrática se concentra em suas próprias necessidades e perspectivas; uma agência orientada para o consumidor concentra-se nas necessidades e perspectivas do consumidor'.

Hely Lopes Meirelles já falava no dever de eficiência, muito antes da Reforma Administrativa de 1998, afirmando que a moderna Administração Pública não se contenta apenas em ser desempenhada com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento ao cidadão. É o dever da boa administração, da doutrina italiana (1983, p. 68).

Na doutrina italiana, Aldo Sandulli reportava-se ao princípio da boa administração. A ação administrativa tem necessariamente por escopo a realização de uma administração eficiente e apropriada. Isso quer dizer que tal ação, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências do interesse coletivo em geral (interesse público genérico) e do interesse coletivo situado na base da ação administrativa particular, atuando em casos específicos. Deverá ser implementada com observância de regras de conduta não jurídicas.

São, geralmente, as técnicas diversas e a experiência pretérita, as quais indicam qual é o modo mais apto para a realização da ação administrativa. São regras destinadas a assegurar, essencialmente, presteza, simplicidade, agilidade, rapidez, economia, rendimento e adequação da ação administrativa (1974, p. 396).

O Decreto-lei nº 200/67 também previra o controle de resultados, sistema de mérito, supervisão ministerial da administração indireta, quanto à eficiência administrativa, e demissão de servidor comprovadamente desidioso ou ineficiente.

Odete Medauar cita a Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, dispondo sobre a prestação do serviço público com eficiência. Para a autora, a eficiência consiste na

ação para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão (1999, p. 145).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra que a Administração Pública burocrática é voltada para o Estado, preocupa-se mais com os processos. A Administração Pública gerencial volta-se para a sociedade, importa-se mais com os resultados do que com os processos, visando ao menor custo, brevidade e qualidade. O princípio da eficiência reporta-se à ética weberiana de resultados. A boa administração é, simultaneamente, dever ético e jurídico. A eficácia diz respeito aos processos para produzir resultados, contenta-se em cumprir ritos e formalidades (1999, p. 18 e 38).

Para o argentino Agustín Gordillo, na Administração burocrática, há obrigação de meios. Na Administração gerencial, há obrigação de resultados (1997, p. 17-37).

Roberto Dromi assinala que a sociedade aspira à eficácia da organização administrativa, de modo a obter uma administração racional de bem-estar geral e não uma administração passiva de mal-estar comum. Esta última é atravancada pelo legalismo e o burocratismo, com estruturas pesadas e obsoletas (2001, p. 41).

Conforme Bresser Pereira, a Administração burocrática é concentrada no processo legalmente definido (ob. cit.). A Administração gerencial é orientada para os resultados e dispensa procedimentos rígidos. Aqui - criticam vários autores - existe o perigo de, em nome da eficiência, sacrificar-se a legalidade (*apud* DI PIETRO, 1997, p. 162-163).

Marçal Justen Filho ressalta, com propriedade, que, em nome da eficiência, não se pode malbaratar a dignidade da pessoa humana (1999, p. 115-136):

É imprescindível adotar enfoque compatível com a personalização do Direito. É necessário evitar que a prevalência do chamado princípio da eficiência faça-se à custa do aviltamento do indivíduo. Equivale a dizer que a solução da crise fiscal do Estado não pode fazer-se pela patrimonialização do Direito Público. É necessário evitar a prevalência do chamado princípio da eficiência à custa do aviltamento da pessoa humana.

Igualmente, Egon Bockmann comenta (SUNDFELD; MUÑOZ; 2000, p. 326-327):

É um despropósito a transposição de parâmetro da administração gerencial privada competitiva, elevando-o, sem mais, à condição de princípio constitucional da Administração Pública.

[...] Não se trata de princípio jurídico, muito menos poderia ser alçado à condição de norma constitucional. Sua inserção não gerará nenhuma novidade ou benefício concreto. O controle da eficiência não parte de norma genérica e abstrata de conduta, desprovida de mandamento legal. Ao contrário, exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento definidas - que estabeleçam normativamente o alcance de específicos resultados, a utilização de recursos certos e as conseqüências jurídicas daí derivadas. Caso contrário, inexistirá a 'relação' definidora da eficiência. [...] Ora, a Administração Pública não pode ser orientada para a questão dos lucros sobre capital - olvidando ou deixando como questão secundária as implicações sociais primárias da atividade administrativa.

E conclui (p. 332):

Afastamos conceitos puramente lastreados nas Ciências da Administração e Economia, como definidores do princípio. No ordenamento constitucional, a eficiência não pode ser vislumbrada como 'dever irrestrito de reduzir custos e produzir superávites' ou 'aumentar a lucratividade estatal', nem tampouco na condição de 'diretriz primeira da administração do Estado'. Não se trata do cânone que autorize a supervalorização, no plano jurídico, dos chamados 'interesses secundários' da Administração.

[...] Não havia qualquer motivo lógico-jurídico para a inserção do princípio da eficiência justamente no *caput* do art. 37. Contudo, sua existência impõe interpretação no sentido de princípio positivado em exclusivo benefício do cidadão, ampliativo de seus direitos, configurando mais um dever e parâmetro de controle da atividade administrativa pública.

Diversamente, Celso Antônio Bandeira de Mello tem opinião cética:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão

fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto (1999, p. 75).

Consoante Vera Scarpinella Bueno, também será exercido o controle jurisdicional da eficiência da Administração Pública (SUNDFELD; MUÑOZ; 2000, p. 356-357):

A enunciação expressa do princípio da eficiência no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, abre a porta para o controle judicial dos atos administrativos. [...] Municia-se o Poder Judiciário com um novo fator de controle da Administração Pública. Os particulares podem e devem questionar judicialmente a eficiência dos atos administrativos.

Nos países, como o nosso, onde a jurisprudência impõe restrições à análise judicial do ato discricionário, não só a participação do particular na formação da vontade estatal deve ser acentuada, de forma a compensar o bloqueio imposto pelos tribunais para a revisão do mérito da decisão administrativa discricionária, como a eficiência ou ineficiência das decisões da Administração admitem, se não uma ampla possibilidade de controle judicial, ao menos um controle quanto à proporcionalidade do ato em face de outros parâmetros existentes no ordenamento jurídico, como, aliás, é expresso no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da lei federal.

Nesse sentido, já decidiu o col. Superior Tribunal de Justiça:

O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, CF/88. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária (Mandado de Segurança nº 7.765/DF, Min. Paulo Medina, *Diário de Justiça da União* de 14.10.2002).

No que concerne ao Poder Judiciário, órgão competente para exercer fiscalização das atividades notariais e de registro, precisa passar por severa autocrítica. Ainda há tempo, antes que o conceito da instituição, perante a opinião pública, chegue a ponto crítico, a partir do qual não haverá retorno para resguardar a nossa credibilidade. O próprio sistema tem de criar mecanismos de disciplina, controle e eficácia (LIMA, 2000; e Francisco Rezek, *apud* GOMES, 1993, p. 37).

Juízes e serventuários necessitam promover uma “insurreição ética”, na feliz expressão de José Renato Nalini, contaminando-se todos pelo “vírus da eficiência” e renunciando à sua condição de “surdos morais”. Devem ser ativos lutadores para que a reforma judiciária venha com urgência e qualidade (1995, p. 367-374).

Sem alma, de nada valerão a tecnologia e os recursos materiais, salienta Aroldo Plínio Gonçalves (1997, p. 2):

Nem a tecnologia, nem a boa formação de Juízes e advogados, sozinhas, são aptas a debelar a morosidade da Justiça, propiciando sua celeridade em direção à melhor solução das demandas. Elas não serão suficientes sem o acréscimo daquela sensibilidade especial que se deseja do magistrado e que o capacita a compreender que quem procura o Judiciário, geralmente, o faz como recurso extremo, quando todas as vias extrajudiciais se frustraram na busca da solução do conflito. Quem recorre à Justiça tem pressa e não pode esperar indefinidamente a solução judicial de seu pedido, não pode ser privado do direito de ver sua causa decidida.

As máquinas e os recursos tecnológicos facilitam nossa vida, economizam nossos esforços, mas não nos humanizam. A sensibilidade para as necessidades humanas é o fator que desperta nosso anseio por fazer o melhor, e nos habilita a tirar o mais benéfico proveito do progresso tecnológico, no cumprimento de nossas tarefas e na oferta de seus resultados. Somente com o acréscimo da sensibilidade dos Juízes para a urgência que acompanha todos que clamam pela Justiça poder-se-á esperar que eles sejam ouvidos. E somente respondendo aos anseios de quem a procura, a justiça andará em compasso com os reclamos da sociedade. Este é o maior, o mais valioso e mais urgente objetivo de sua modernização.

Essas reflexões acerca da eficiência no âmbito da Justiça têm plena aplicação aos serviços notariais e de registro. Com efeito, assim dispôs a Constituição Federal de 1988:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Regulamentando o texto constitucional, foi promulgada a Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Firmou-se o entendimento de que os serviços notariais e de registro não perderam a sua natureza pública, como assinala Rui Stoco (1995, p. 31-39): “Os Notários e Registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados ‘agentes públicos’, equiparados, pois, aos servidores públicos típicos”.

Não discrepa a jurisprudência:

Os oficiais de registro e notários são servidores públicos, em sentido lato (Supremo Tribunal Federal, *HC 74.131-2*, Min. Moreira Alves, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, *Diário do Judiciário-MG* de 18.04.1997).

A natureza pública dos serviços notariais e de registro não sofreu qualquer desconfiguração com a CF/88 (Superior Tribunal de Justiça, RMS 7.730/RS, Min. José Delgado, *Diário do Judiciário-MG* de 12.11.1997).

Estabelecida a natureza de serviço público em sentido amplo das suas atividades, embora exercidas em caráter privado, notários e registradores estão adstritos à observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. É o que assinala o culto notário João Teodoro da Silva (1999, p. 17), ao discorrer sobre a autonomia funcional dos notários e registradores. Com invulgar percuciência, no que diz respeito ao nosso tema, ressalva o seu entendimento de que referida autonomia será exercida “nos limites da obediência aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade”.

As funções notariais e de registro, como qualquer outro serviço público, estão sujeitas - *mutatis mutandis* - aos princípios elencados pelo notável administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 13-35):

1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, direta ou indiretamente (mediante autorização, concessão ou permissão). Se o Estado omitir-se, cabe a ação de responsabilidade por danos (art. 37, § 6º, CF/88);

2) princípio da supremacia do interesse público;

3) princípio da adaptabilidade, ou seja, sua atualização e modernização, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;

4) princípio da universalidade, em virtude do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;

5) princípio da impessoalidade, do qual decorre a impossibilidade de discriminações entre os usuários;

6) princípio da continuidade, significando a impossibilidade da sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido, do que decorre a impossibilidade do direito de greve em tais serviços;

7) princípio da transparência, mediante o qual deve haver liberação mais ampla possível, ao público em geral, do conhecimento do que concerne ao serviço público e sua prestação;

8) princípio da motivação, decorrendo do princípio da transparência e implicando o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes aos serviços;

- 9) princípio da modicidade das tarifas;
- 10) princípio do controle, interno e externo, sobre as condições de sua prestação.

Felizmente, longe vão os tempos em que serviços notariais e de registro eram encarados como prebendas distribuídas aos amigos do rei. No seu livro de memórias, *Gaiola Aberta*, o escritor mineiro Autran Dourado relata os tempos em que foi secretário de imprensa do Presidente Juscelino Kubitschek. Travou-se, entre ambos, o seguinte diálogo (*in Gaiola Aberta - Tempos de JK e Schmidt*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 8):

- Então o que você quer de mim, por que veio para o Rio comigo? disse Juscelino. Um emprego, não muito pesado, que me deixe as manhãs livres para que eu possa me dedicar com exclusividade aos meus romances, disse eu. Que não me ocupe a cabeça. Um lugar de procurador da prefeitura? disse ele me sondando. Não, eu não teria as manhãs livres, pois deveria cuidar de aborrecidos pareceres jurídicos, disse eu. O de que careço é ter a mente livre. Então só há um lugar para você - cartório, disse ele. Se não fosse pedir muito [...] disse eu.

Referências bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora RT, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública - Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DOURADO, Autran. *Gaiola aberta - Tempos de JK e Schmidt*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Modernização da Justiça. *Forense Informa*, Rio de Janeiro, p. 2, set. 1997.

GORDILLO, Agustín. La Convención Interamericana contra la corrupción. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 26, p. 115-136, 1999.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O Poder Judiciário no terceiro milênio*. I Concurso de Monografias do TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2000.

MARCÍLIO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coords.). *Ética na virada do século*. São Paulo, Editora LTR, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora RT.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado – Novos Rumos*. São Paulo: Max Limonad, tomo 2, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NALINI, José Renato. A gestão de qualidade na Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 367-374, dez. 1995.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora RT, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Brasília: Papéis da Reforma, Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. Disponível em: <lista@amb.com.br>. Acesso em 31 mar. 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SANDULLI, Aldo. *Manuale di diritto amministrativo*. 12. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1974.

SILVA, Teodoro da. *Serventias judiciais e extrajudiciais*. Belo Horizonte, Sérjus, 1999.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos notários e registradores (Comentários à Lei 8.935, de 18-11-94). *ADV, Seleções Jurídicas*, p. 31-39, ago. 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000.

A contrapartida dos deveres

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, realizou, em 12 de setembro de 2008, seminário alusivo aos vinte anos de vigência da Constituição Brasileira de 1988.

Após as brilhantes conferências e debates, os participantes puderam constatar que o Brasil, mesmo com a notável evolução econômica e social verificada no decorrer do século 20, chegou àquela Assembleia Constituinte com enorme débito histórico a resgatar. O desafio era instituir o controle do Estado pelo povo e assegurar a plena cidadania a todos.

A nossa democracia está consolidada. Realizamos eleições periódicas e transparentes, sob a segura direção da Justiça Eleitoral. Cidadãos tiveram ampliados os seus direitos e recorrem maciçamente ao Poder Judiciário para fazê-los prevalecer. A Justiça brasileira, ainda ineficiente para enfrentar tamanho desafio, luta para melhor se estruturar. Ainda há enorme débito social a solver, sobretudo no que se refere à saúde, educação e qualidade de vida nas grandes cidades.

Recordei, então, que atualmente passamos a nos portar como se vivêssemos na Suécia. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça anulou ação penal contra empresários do Paraná, porque continha provas resultantes de escutas telefônicas prorrogadas por quase dois anos, sem a fundamentação devida pelo juiz que as autorizou (STJ, *Habeas Corpus* nº 76.686-PR, julgado em 09.09.2008). Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça percebeu que os magistrados brasileiros são os “infratores” que mais “amedrontam” a sociedade brasileira. Adotaram a “ousada” prática de autorizar escutas telefônicas. Por isso, o CNJ inusitadamente invadiu a seara jurisdicional e baixou resolução destinada a monitorar a quebra de sigilo de ligações telefônicas em todo o País (jornal *Estado de Minas*, 10.09.2008, p. 4).

O Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal decidiram que os candidatos réus em ações penais podem disputar as eleições municipais de 2008, baseando-se na garantia constitucional da *presunção da inocência* (*Notícias do STF*, 06.08.2008).

No entanto, algum cidadão brasileiro, ignorante das garantias constitucionais, poderia formular indagações. Qual a contrapartida para tão firme defesa de garantias individuais? Passaremos a viver em um país muito mais seguro e incorruptível? Vamos ter menos crimes de colarinho branco? O Judiciário será mais eficaz?

Esse cidadão implicante poderia mesmo citar a clássica reflexão de Rudolf von Ihering (*A luta pelo direito*):

Qualquer norma que se torne injusta aos olhos do povo, qualquer instituição que provoque seu ódio, causa prejuízo ao sentimento de justiça, e por isso mesmo solapa as energias da nação. Representa um pecado contra a idéia do direito, cujas conseqüências acabam por atingir o próprio Estado. Nem mesmo o sentimento de justiça mais vigoroso resiste por muito tempo a um sistema jurídico defeituoso: acaba embotando, definhando, degenerando.

Ações afirmativas

O tema das chamadas “ações afirmativas” está na ordem do dia. O Supremo Tribunal Federal deverá julgar a constitucionalidade das cotas para estudantes afrodescendentes nas universidades públicas.

Ações afirmativas são o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais encontrados em piores condições de competição no meio social, em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas (Paulo Lucena de Menezes, *A ação afirmativa no direito norte-americano*).

Nos Estados Unidos, são antigas as ações afirmativas em favor de minorias discriminadas, tais como oportunidades iguais de emprego, admissão em universidades e contratos com a Administração Pública. Recentemente, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a Universidade de Michigan pode favorecer minoria racial, desde que a raça não seja critério de pontuação no processo de seleção.

A indagação que se faz: as ações afirmativas encontram espaço no Direito brasileiro? Sem entrar no mérito do que venha a decidir o Supremo Tribunal Federal, deve-se lembrar a célebre afirmação do saudoso jurista baiano Orlando Gomes: “O *Direito igual para pessoas desiguais só pode legalizar a injustiça*”.

Outro notável baiano, Rui Barbosa, na célebre *Oração aos moços*, proclamava que “a regra da igualdade não consiste senão em quinboar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”. Contemporaneamente, o famoso professor paulista Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que o princípio da igualdade veda tratamento desigual às pessoas. No entanto, é função precípua da própria lei dispensar tratamentos desiguais. Ou seja, o legislador nada mais faz que discriminar situações. A algumas pessoas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por estarem enquadradas em categoria diversa.

Flávia Piovesan, professora da PUC-SP e estudiosa do tema, lembra que a Constituição Federal e tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, acolhem o valor da igualdade. Não apenas a igualdade formal (proibição da discriminação) como também a igualdade material (promover a igualdade através de ações afirmativas). Além disso, o texto constitucional, no preâmbulo, elege a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

A relação de consumo é exemplo bastante atual dessa discriminação. A Constituição de 1988 e o Código do Consumidor partem do pressuposto de que o consumidor é a parte mais fraca nas suas relações jurídicas com os produtores ou fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Confere-lhes o CDC inúmeras prerrogativas. O Superior Tribunal de Justiça, o mais elevado intérprete das leis federais, decidiu que o Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas (Recurso Especial nº 90.366-MG, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

Em suma, o grande escritor português José Saramago, no seu romance *Todos os nomes*, sintetizou bem o princípio: *“Quanto maior é a diferença, maior será a igualdade, e quanto maior é a igualdade, maior a diferença será”*.

Agências reguladoras

No dia 25 de novembro de 2003, durante o seminário “Controle das Agências Reguladoras”, promovido pelo Tribunal de Contas da União, o Ministro Carlos Ayres de Brito, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a Constituição Federal não confere autonomia às agências reguladoras. Elas estão sujeitas ao controle do Ministério da respectiva área de regulação.

Ainda está viva na memória dos brasileiros a polêmica em torno do reajuste das tarifas cobradas pelos serviços de telefonia. A Anatel, agência reguladora do setor, autorizou os reajustes em índices de até 41,75%. Na mesma ocasião, o governo federal anunciava o registro de deflação de 1%. Os índices acabaram sendo reduzidos pelo Poder Judiciário, deferindo liminares em ações judiciais movidas por consumidores inconformados.

As agências reguladoras surgiram na época das privatizações promovidas durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Sua criação visou à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados por empresas da iniciativa privada, nas áreas de telefonia, petróleo, energia elétrica etc.

São inspiradas nas agências governamentais existentes nos Estados Unidos, simbólicas da democracia e do apreço pela cidadania reinantes na sociedade norte-americana. Lá as agências detêm ampla autonomia. Regulamentam e fiscalizam com rigor e eficácia diversos setores da economia. Agem, se necessário, na defesa dos direitos dos consumidores.

No Brasil, a legislação conferiu às agências reguladoras o formato jurídico de autarquias especiais. A palavra “autarquia” origina-se do grego *autárkeia*, qualidade do que executa qualquer coisa por si mesmo (Antônio Geraldo da Cunha, *Dicionário etimológico Nova Fronteira*). As autarquias, portanto, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com patrimônio próprio, capacidade de autoadministração sob controle estatal e desempenho de atribuições (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*).

As agências reguladoras são reputadas autarquias “especiais” por possuírem características próprias. Segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, são elas:

- 1) independência política dos seus dirigentes, investidos de mandatos e estáveis no cargo por determinado prazo;
- 2) independência para tomar decisões técnicas;
- 3) independência gerencial, orçamentária e financeira; e
- 4) poder para editar normas reguladoras.

Infelizmente, a realidade demonstra que a oportuna ideia da criação das agências reguladoras foi desvirtuada entre nós. As indicações para os cargos de direção desses órgãos é política, atendendo aos interesses da chamada “base de sustentação” do governo em exercício. Não há preocupações de ordem técnica.

O aumento das tarifas de telefonia foi anunciado por um dirigente de empresa concessionária, antes que o fizesse a Anatel. O fato revela promiscuidade entre a agência e o setor regulado. Não há qualquer participação dos consumidores nas decisões de seu interesse e transparência nas deliberações.

Não exercem as agências efetivo poder normativo e pouco regulam. Janio de Freitas, ironicamente, as considera agências “autorizadoras de aumentos de tarifas”.

Enfim, as agências reguladoras brasileiras estão mal estruturadas e vivem à míngua de recursos orçamentários. Má regulação implica má prestação de serviços com tarifas abusivas. Acaba por influir negativamente no desempenho da economia brasileira.

Assistência judiciária e déficit orçamentário

No final de 2008, participei de curso sobre o sistema judiciário norte-americano na Universidade da Geórgia (Athens, EUA). Pude verificar que os norte-americanos, pela sua cultura pragmática, possuem sistema processual mais eficaz do que o brasileiro.

Todavia, apesar de o Brasil ser um país em desenvolvimento, constatei orgulhoso que o nosso sistema de acesso à Justiça é superior ao dos norte-americanos. Enquanto lá, em regra, é muito difícil o pobre arcar com os custos de um processo judicial, no Brasil dispomos de defensorias públicas e regras de assistência judiciária, previstas pela Constituição democrática de 1988 e leis ordinárias. Com todas as dificuldades estruturais, o Judiciário brasileiro é mais acessível à população carente do que o Judiciário estadunidense.

Em contrapartida, verificamos no Brasil abuso crescente na postulação de assistência judiciária. Litigantes que podem pagar custas processuais e advogados acabam por ser beneficiados pela “justiça gratuita”. Não se iludam, porém, os cidadãos quanto à origem do custeio dessa despesa do Estado. São eles próprios, contribuintes de impostos e taxas, a fonte de custeio do mau uso da assistência judiciária.

Também os advogados ficam prejudicados pelo benefício da gratuidade indevidamente concedida. Tanto que a seção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil luta pela redução do número de beneficiários da “justiça gratuita”. Desaparece a clientela da advocacia e o advogado da parte vencedora fica sem receber seus honorários se o vencido é contemplado pelo benefício legal (*Folha de São Paulo*, 29.01.2009).

Vou além. Embora a Lei nº 1.060/50 considere bastante a declaração de pobreza para alguém ser contemplado com assistência judiciária, entendo que o deferimento do pedido, pelo juiz, não é automático. As regras sobre assistência judiciária devem ser examinadas de modo sistêmico, com atenção à natureza tributária de taxa atribuída às custas judiciais (Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.694-AP, Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 06.11.2006). Tratando-se de tributo, o art. 11, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001) impõe aos agentes públicos responsabilidade na gestão fiscal, a qual terá como requisitos essenciais “a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”.

A Lei Complementar nº 101/2001 também se aplica no âmbito do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso I, alínea *a*, LC 101/2001). Com efeito, possui natureza administrativa, em sentido amplo, a atividade arrecadadora das custas judiciais, ainda que sujeita ao crivo dos magistrados. Onde há função, não há autonomia da vontade. A vontade é submetida aos fins previstos na Constituição

e nas leis. Há o dever de curar o interesse público. Mais do que poder, o administrador tem dever de curar o interesse público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1996, p. 13-14). Haverá “desvio de finalidade” quando o agente administrativo praticar “o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular).

Dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora das custas judiciais, exige-se reverência aos ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional. Das partes litigantes, em contrapartida, exige-se submissão aos preceitos da boa-fé, para que não declarem falsamente pobreza no intuito de obter os benefícios da assistência judiciária.

Processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes. A gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, em detrimento desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de processo civil*, v. 2, 2001, p. 629-630).

Por derradeiro, a Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos.

A cultura da prolixidade

“Escrever é cortar palavras”. (Carlos Drummond de Andrade)

O prolixo, define o Aurélio, é “muito longo ou difuso, superabundante, excessivo, demasiado” (2. ed., p. 1.400). Na oratória ou na escrita, atribui-se tal adjetivação a quem fala ou escreve em demasia e, muitas vezes, sem nexos.

A cultura da prolixidade talvez não seja tão proeminente, em outras atividades, como o é nos meios jurídicos. Criou-se o mito de que escrever bem é escrever muito. Exaustivamente.

O juiz que prolata sentença sintética e objetiva poderá ver o seu ato decisório objeto de recurso no Tribunal, sob a alegação de nulidade, por “falta de fundamentação”. Felizmente, os tribunais já vêm entendendo que a boa sentença não é necessariamente a sentença longa ou difusamente redigida. Boa sentença é a sentença justa.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que

o juiz não está obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem: o importante é que indique o fundamento suficiente de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir (*Diário de Justiça da União*, 08.09.1998).

Igualmente o Tribunal de Alçada de Minas Gerais assentou não ser nula “a sentença de relatório e fundamentação sucintos, o que não equivale à ausência dos mesmos” (*Diário do Judiciário, Minas Gerais*, 24.12.1997).

Sobretudo após os progressos da informática, os textos processuais vêm-se tornando alentados e abundantes. Com as facilidades tecnológicas, transcrevem-se exaustivamente citações doutrinárias e jurisprudenciais. A leitura de volumosas peças processuais torna-se uma maçada contraproducente para juízes, promotores e os próprios advogados das partes em litígio.

Em outras atividades onde se produzem textos, a concisão e a clareza já são dogmas. Aos jornalistas, recomenda-se:

Seja claro, preciso, direto, objetivo e conciso. Use frases curtas e evite intercalações excessivas ou ordens inversas desnecessárias. Não é justo exigir que o leitor faça complicados exercícios mentais para compreender a matéria.

Magistrados vanguardeiros, como o desembargador paulista Sidnei Beneti, já recomendaram aos julgadores decidir com justiça, sem preocupações com ornamentos literários (*O juiz e o serviço judiciário*, Corregedoria de Justiça-MG, 1988, p.14):

O juiz não é profissional incumbido de tecer brilhantes considerações literárias, doutrinárias ou de erudição. Pode ele ter também conhecimento que o alce à condição de doutrinador, mas, para isso, em princípio, deverá procurar outros campos de atividade, que não o jurisdicional. Fará concursos, defenderá teses, exercerá atividade docente permitida. No processo, entretanto, não haverá lugar para esse lado da atividade.

Qual a importância dessas considerações? É que a cultura da prolixidade é mais um fator de morosidade nas decisões judiciais e no andamento dos processos. Cortando palavras, os operadores do Direito propiciarão um processo mais sintético e célere.

Dia da Justiça

No dia 8 de dezembro comemoramos o *Dia da Justiça*. O Poder Judiciário afirma crescentemente sua independência na vigência da Constituição de 1988. De forma destemida, mas serena, o Supremo Tribunal Federal julga denúncias contra altas autoridades e supre a omissão do Poder Legislativo, para disciplinar os costumes políticos e sociais no País.

Assiste razão aos que afirmam que o século 19 foi do Poder Legislativo. Após a vitoriosa Revolução Francesa de 1789, era preciso impor limites ao arbítrio do Poder Executivo e consolidar o *princípio da legalidade*. Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido. Deve-se submeter à Constituição e às leis votadas pelo Poder Legislativo, integrado pelos representantes dos cidadãos governados. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

O século 20 foi o século das Grandes Guerras e das crises econômicas. Fez-se necessária a intervenção do Estado na ordem econômica e social. O Poder Executivo concentrou poderes e obteve a prerrogativa de, em situações emergenciais, legislar mediante instrumentos tais como decreto-lei e medida provisória.

Se o século 19 foi do Legislativo e o século 20 foi do Executivo, o século 21 será do Judiciário. A Justiça conciliará os atritos emergentes entre os demais Poderes constituídos. Viveremos, outrossim, a *Era dos Direitos*, a que se referiu Norberto Bobbio. Além da liberdade individual e da propriedade privada, estarão garantidos direitos mais abrangentes: direitos à cidadania, dignidade, justiça social, meio ambiente saudável, consumo sustentável e congêneres.

Para tanto, necessitamos de uma Justiça contemporânea dos tempos vividos. Urge a modernização do Judiciário brasileiro. Não condizem com o novo milênio ritos processuais burocráticos e autos de processos amontoados por papéis. Os Juizados Especiais são exemplos de prestação da justiça célere, barata e eficaz. Modificaram a postura mental dos juízes e demais profissionais do Direito, na busca da solução rápida e justa dos conflitos.

Igualmente, a Justiça Eleitoral desfruta enorme prestígio. Em 2004, obteve a confiança de 64,3% dos cidadãos brasileiros (pesquisa realizada pelo *Instituto Nexus*). O Tribunal Superior Eleitoral utiliza há tempos os recursos da informática e determina que as intimações de candidatos, partidos políticos ou coligações sejam “feitas por fac-símile ou correio eletrônico, no endereço fornecido por ocasião do pedido de registro” (art. 4º, § 1º, da Resolução nº 22.142/06-TSE). Suas decisões são imediatas, pois o processo eleitoral é dinâmico. Merece louvor a mobilização de instituições da sociedade civil para acionar a Justiça Eleitoral, nas próximas eleições municipais, quando constatadas práticas de corrupção.

Já tive ocasião de escrever que o Poder Judiciário precisa contribuir com soluções para minimizar a angústia e o sofrimento do povo brasileiro (LIMA,

Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2003). Deve-se apressar sua modernização, porque o Brasil clama por mudanças. Não podemos mais viver com velhas estruturas. Como na canção de Milton Nascimento, a Justiça tem de ir aonde o povo está.

Do “coronelismo” ao banditismo

Sai ano, entra ano, nosso País não progride no campo da moralidade pública. Passam os homens, passam os governantes, mas a corrupção permanece vicejante.

Reclamamos com indignação. Porém, escreveu com precisão o ensaísta Cláudio de Moura Castro (*Veja*, edição de 07.10.1998), para termos bons governantes, precisamos de bons eleitores.

É de desanimar. Na maior cidade do Brasil, São Paulo, 29% dos eleitores já disseram preferir votar em quem “rouba, mas faz” (*Folha de São Paulo*, edição de 30.08.1998).

Nessa involução cívica, temos visto muitos contraventores das leis ascender, pelo voto popular, aos cargos públicos.

Em outros tempos, tínhamos o chamado “coronelismo”, muito bem explanado pelo saudoso mineiro e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Víctor Nunes Leal (*Coronelismo, enxada e voto*, edição 1949). Era o sistema vigente nas primeiras décadas republicanas, comportando reciprocidade entre o chefe local (“coronel”) e o poder estadual. O “coronel” arregimentava os votos de humildes e iletrados dependentes de suas propriedades. Chamava-se “voto de cabresto”. Em troca, recebia do governo estadual recursos e mando local.

Pelo interior do Brasil, especialmente em áreas rurais, ainda há resquícios do “coronelismo”.

Agora, contudo, surge o poder do banditismo. Têm sido eleitas, para cargos executivos e legislativos, pessoas oriundas da criminalidade, desocupadas ou possuidoras de obscuras fontes de rendas.

É grave. Reportando-se ao Rio de Janeiro, o jornalista Gilberto Paim assinala que “o voto de cabresto dos coronéis cedeu lugar ao voto fidelíssimo que o narcotráfico oferece”. (*Folha de São Paulo*, edição de 26.04.2000).

Pelo Brasil afora, são inúmeros os casos de políticos eleitos com o deliberado intuito de fazer fortuna, mediante negociatas, e de obter imunidade (ou impunidade?) parlamentar.

Lugar de bandido é na cadeia. Quem não tem profissão lícita não merece ocupar cargos públicos, com ocultas intenções de enriquecimento ilícito.

É preciso moralidade já. Dos partidos políticos, espera-se não agasalhem candidaturas de pessoas indignas (afinal, muitos políticos-bandidos pertencem a agremiações de peso nacional). Do Judiciário e do Ministério Público, espera-se rigor no deferimento e fiscalização dos registros de tais candidatos. Dos eleitores, sobretudo, espera-se não votem em criminosos, em desonestos e em desocupados. Só assim melhoraremos o nosso País, os nossos Estados e os nossos Municípios.

Nas eleições municipais, que se avizinham, é importante escolhermos prefeitos e vereadores honestos, bem-sucedidos e preparados para o exercício das funções. Nas cidades, satisfazemos as nossas necessidades mais imediatas e palpáveis. Não comecemos a prestigiar o mal por elas.

Joaquim Nabuco (*Minha formação*) abraçou a política idealizando valores éticos. Dizia-se “cavaleiro andante dos princípios”. Vamos contar com mais Nabucos e menos picaretas, bandidos e falastrões.

Eleição e corrupção

*“Um lumpesinato perdulário e rico comemorava a vitória. Eram bicheiros, contrabandistas, receptadores de furto, sonegadores, trambiqueiros, estelionatários, enfim, todo o Código Penal ao vivo estava entrando com o novo governador no Palácio”. (Márcio Souza, *A resistível ascensão do Boto Tucuxi*)*

O juiz espanhol Baltazar Garzón, conhecido internacionalmente pela atuação firme nos processos contra o General Pinochet e o grupo terrorista ETA, considera o crime organizado um “*câncer*”. Afeta a democracia de todos os países. Garzón defende uma cruzada mundial contra a lavagem de dinheiro, a corrupção e o tráfico de drogas (Fórum Social Mundial 2002).

No Brasil, concebemos o crime organizado como associação de delinquentes para a prática de tráfico de entorpecentes, sequestros, roubos etc. No entanto, todos os agentes que se associam para lesar os cofres públicos, independentemente de *status* político, econômico e social, integram-se igualmente em organizações criminosas.

A prática de atos de improbidade administrativa ocorre em todos os países. Entre nós, todavia, é mazela secular.

O Brasil é a pátria do *coronelismo*, tão bem delineado pelo clássico Victor Nunes Leal (*Coronelismo, enxada e voto*, 1949). Consiste na troca de proveitos entre o Poder Público e os chefes políticos locais, os quais dominam eleitores sob seu jugo (*cabresto*).

Mudando os tempos, adveio o progresso tecnológico. Hoje, emissoras de rádio e televisão propiciam a manipulação da opinião pública. Políticos tornam-se proprietários de impérios de comunicação. É o *coronelismo eletrônico*.

Do *coronelismo* involuímos ao *banditismo eleitoral*.

Para nosso desalento, recente pesquisa demonstrou que 29% dos eleitores da cidade de São Paulo preferem votar em quem “*rouba, mas faz*”. Nessa involução cívica, infratores do Código Penal ascendem, pelo voto popular, a cargos eletivos do Executivo e Legislativo. O poder do banditismo é fenômeno de extrema gravidade. Reportando-se ao Rio de Janeiro, o jornalista Gilberto Paim assinala que “*o voto de cabresto dos coronéis cedeu lugar ao voto fidelíssimo que o narcotráfico oferece*”.

Pelo País, existem inúmeros políticos eleitos com deliberado intuito de fazer fortuna, mediante negociatas, e alcançar a impunidade.

Avulta aqui o papel da Justiça Eleitoral. Pela sua eficiente e rigorosa atuação, pode-se podar, pela raiz, o mal da corrupção. A Associação Juízes para a Democracia advertiu:

Aquele que transgride a lei para alcançar seus objetivos eleitorais está moralmente impedido de ocupar cargo público. A democracia não pode ser condescendente com quem se julga acima da lei, desprezando o jogo de iguais que deve caracterizar o processo eleitoral. Quem não respeita as regras do jogo, nos meios de chegar ao poder, certamente não observará, quando eleito, os princípios da moralidade e da impessoalidade aos quais está vinculado o administrador da coisa pública.

Importantíssimo, então, é o papel da Justiça Eleitoral quando se trata de apurar os abusos e aplicar as penas de natureza política que a eles correspondem (*A lei e a jurisdição eleitoral*, São Paulo, jun.-jul. 1998).

Estatuto da Cidade

Foi editada a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade. É um marco no Direito brasileiro, tão significativo quanto à vigência do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, parece que o Estatuto da Cidade ainda “não pegou”, como gostamos de dizer em nosso País.

De fato, existe a malfazeja tradição brasileira de burlar as leis em vigor. O renomado antropólogo Roberto DaMatta observa que conseguimos descobrir e aperfeiçoar um estilo de navegação social que passa sempre nas entrelinhas das proibições impostas pelos legisladores. Atribui esse costume ao fato de serem elaboradas leis dissociadas do meio cultural e social. Diversamente, nos Estados Unidos, na França ou na Inglaterra, não se elaboram leis que contrariam e aviltam o bom senso e as regras da própria sociedade.

Todavia, é preciso fazer com que a Lei nº 10.257/2001 caia nas graças da sociedade brasileira. É preciso ter consciência da necessidade da sua eficácia. Mais que no mundo, na pátria ou na região de origem, vivemos na cidade. Nela respiramos, labutamos, repousamos e satisfazemos todas as necessidades concretas para a nossa subsistência. Se alguém nos pergunta onde moramos, não respondemos no mundo, no Brasil ou em Minas Gerais, mas na cidade de nosso domicílio.

Os juristas Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz destacam o significado do Estatuto da Cidade. É uma das mais importantes e inovadoras leis que recentemente entraram em vigor no País. Faz parte do processo de transformação e modernização da estrutura jurídica da Administração Pública, da sociedade e dos costumes.

Contém corajosa redefinição da função social da propriedade. Cria instrumentos que possibilitarão a intervenção mais concreta e efetiva do Poder Público no desenvolvimento urbano. Visa a dois objetivos: mitigar a especulação imobiliária e fazer com que a propriedade imobiliária urbana cumpra sua função social.

Na interpretação e aplicação dessa nova lei, urge que os juristas e os juízes tenham a mente aberta e sensível. Avulta a importância do Poder Judiciário para atualizar jurisprudência, em matéria de propriedade, francamente conservadora e fundada na concepção estritamente individualista.

O Estatuto da Cidade está destinado a ser o instrumento pelo qual a Administração Pública Municipal, atendendo aos anseios da coletividade, poderá determinar quando, como e onde edificar. Será melhor atendido o interesse público, mediante considerações de ordem estética, funcional, econômica, social, ambiental etc. Repele-se o puro e simples apetite dos especuladores imobiliários.

Com a rigorosa observância dos preceitos do Estatuto, edificaremos cidades sustentáveis, com adequada ocupação do solo urbano, solução de problemas sociais e de habitação e proteção do meio ambiente. Devemos ter cidades sustentáveis, definidas pela professora Odete Medauar como “aquelas em que o

desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos". Para isso, é importante cobrarmos de prefeitos e vereadores a elaboração dos planos diretores, previstos pela Lei nº 10.257.

É preciso propagar a ideia de que a cidade é a primeira e principal trincheira na luta ecológica. Sem isso, não legaremos às futuras gerações um mundo melhor. Leonardo Boff nos alerta de que desta vez não haverá uma Arca de Noé que salve alguns e deixe perecerem outros. Ou nos salvamos todos ou perecemos todos.

Ética para principiantes

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”. (Rui Barbosa, *Obras completas*, Senado Federal, 1914)

Em pleno século 21, são divulgadas notícias desalentadoras sobre atos de corrupção praticados na vida pública brasileira. Envolvem políticos, autoridades e servidores do Legislativo, Executivo e Judiciário, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios.

A corrupção é chaga antiga e generalizada. Quatro séculos antes de Cristo, o filósofo grego Aristóteles já escrevia: entre o bem do indivíduo e o bem da cidade, é mais importante defender o bem da cidade. Will Durant ensinava que *“as concepções morais giram em torno do bem geral”*. Moralidade existe na vida em comum. A conduta ética é aquela que resulta no bem-estar de todos os cidadãos (*A história da filosofia*).

Entre nós, o saudoso político e jurista Franco Montoro, no texto *Retorno à ética na virada do século*, revelava-se impressionado com o volume de publicações sobre ética nos anos 1990. Tratavam de ética na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração, na justiça, nos negócios, no esporte, na ciência, na economia e na comunicação. Ao mesmo tempo, multiplicaram-se por toda parte movimentos populares ou associativos, reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal. Por que a ética voltou a ser debatida no mundo contemporâneo?

A resposta talvez possa ser indicada no célebre título do romance de Balzac, *Ilusões perdidas*. Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico.

Todos nos indignamos com os muitos escândalos fartamente noticiados. Todavia, já pensamos que eles são a “cara” do Brasil? Sérgio Buarque de Holanda definiu o brasileiro como *“homem cordial”*. Possui sociabilidade aparente para obter vantagens pessoais e evitar cumprir a lei que o contrarie (*Raízes do Brasil*). É o famoso “jeitinho brasileiro”.

Muitos dos que xingam duramente os corruptos são os mesmos que elegem políticos almejando benesses pessoais. Diversos homens públicos são identificados com o *slogan* “rouba, mas faz”. Esses eleitores não idealizam os re-

presentantes que administrarão e elaborarão leis em nome da comunidade, mas os “amigões do peito” que vão resolver seus problemas: emprego, bolsa de estudo, tratamento médico gratuito, transferência do filho para a universidade pública e congêneres. Vão livrá-los de problemas com o delegado de polícia ou o fiscal de tributos, se possível ajeitando a remoção do “incômodo” funcionário para localidade bem distante. São os mesmos eleitores que sonham imposto de renda, não fornecem recibo ou nota fiscal a clientes e consumidores, subornam o guarda de trânsito e o fiscal da fazenda, compram drogas de traficantes ou fazem apostas em jogos ilícitos. Contudo somos todos muito bons, boníssimos. Corruptos são os outros.

Sou juiz de direito há dezoito anos e sempre me pautei pelos bons exemplos recebidos de meus pais, familiares, professores e amigos. Por isso não me pejo de revelar que juízes também recebem pedidos a todo instante. Qualquer cidadão tem um parente, amigo ou “amigo do amigo” de um magistrado. Usando esses canais, pede “uma mãozinha” no julgamento do seu processo. Como o Judiciário brasileiro é muito lento, é costume admitir pedidos de mera agilização do andamento de causas. Porém - sinto dizer - na maioria das vezes o “jeitinho” almejado, explícita ou implicitamente, é a decisão a favor do postulante, ainda que contra a lei.

Nossos homens públicos precisam melhorar bastante sua conduta moral. Os cidadãos também. No fundo, no fundo, somos todos iguais...

Fé e liberdade

Nasci em São João del-Rei, onde são cultivadas seculares tradições religiosas e se realizam piedosas procissões durante a Semana Santa e outras datas santificadas. Os sanjoanenses são profundamente católicos.

Uma das grandes lembranças de minha infância, na terra natal, foi a sagração do bispo conterrâneo Dom Lucas Moreira Neves. O Largo do Rosário estava apinhado de eclesiásticos. Compunha bela paisagem purpúrea. Nunca apaguei da memória a solene e concorrida celebração. Sou privilegiado por ter assistido ao despontar de um dos maiores prelados da Igreja Católica. Poucos religiosos brasileiros galgaram tão altos cargos na hierarquia do Vaticano.

Eram imperdíveis suas crônicas, publicadas pelo *Jornal do Brasil* e posteriormente compiladas no livro *Memorial de fogo e outras crônicas* (Editora Record, 2000). Membro da Academia Brasileira de Letras, Dom Lucas era arguto pensador e primoroso escritor. O ensaio *Memorial de fogo* discorre sobre a descoberta de Deus pelo filósofo e matemático Blaise Pascal. É texto lapidar:

Não se descobre impunemente este Deus pessoal, que irrompe na história da humanidade e na pobre história de cada um; este Deus capaz de nascer sob forma de criança indefesa, capaz de amar, de morrer; este Deus que merece o nome de Emanu-El, Deus conosco. Quem O descobre, onde e como for, só tem um anseio: o de comunicá-lo.

É difícil sustentar a fé. Somos extremamente vulneráveis às tentações mundanas. Os primeiros cristãos, porque pregavam a justiça e a fraternidade, sofreram perseguições e massacres dos poderosos de então.

Tortuoso também é o caminho daqueles que cultivam a fé política. *Sir* Bertrand Russel, um dos maiores filósofos do século 20, escreveu o famoso ensaio *Caminhos para a liberdade* (Companhia Editora Nacional, 1955). Segundo Russel, desde Platão os pensadores formulam utopias e preconizam o mundo ideal para mitigar os sofrimentos do homem. O objetivo desses homens notáveis não é o progresso pessoal. Expressam a esperança de pensadores solitários, enquanto a maioria dos seres humanos passa pela vida sem se preocupar com o sofrimento dos semelhantes. Os líderes políticos, que buscam pôr em prática as ideias desses filósofos, são igualmente solitários. Quase sempre as massas de indivíduos os ignoram, pois estão sufocadas pela labuta diária e temem represálias dos detentores do poder.

Da mesma maneira, a utopia da Justiça requer pessoas de fé. No mundo contemporâneo, a fé jurídica exige alta dose de coragem. Vivemos o apogeu do individualismo, apregoado pelos neoliberais. É verdade que o pensador francês Alain Touraine proclamou já ser hora de eleger como prioridade sair do libera-

lismo, e não ingressar nele. Deveria ser prioritária a reconstrução do sistema político, com o abandono da perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos. O desemprego em massa, a queda do nível de vida para muitos e o aumento das desigualdades não são apenas variáveis econômicas. São sobretudo vidas e sofrimentos, conclui Touraine.

No entanto, pensadores e juristas dotados de visão social são desqualificados como “neobobos”, ultrapassados e descompromissados com a “governabilidade” do País. A consciência da justiça social é retribuída com achincalhe.

O ministro Ruy Rosado de Aguiar, lúcida voz no Superior Tribunal de Justiça, sustentou não poderem os juízes desenvolver atividade discricionária e neutra. Deverão atuar inspirados pelas regras e princípios adotados, implícita ou explicitamente, pelo sistema jurídico do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 espera dos julgadores, aos quais garante independência institucional e funcional, a utilização da liberdade de julgar para a realização dos valores por ela abraçados. Por isso, todo magistrado tem responsabilidade social.

O saudoso filósofo, jurista e político André Franco Montoro assinalava o intento de se construir um mundo sem ética. Todavia, essa ilusão se transforma em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, têm resultado desalentador e muitas vezes trágico.

A caminhada é árdua, mas os cidadãos e a comunidade jurídica não podemos esmorecer. Sempre recordemos a máxima de Fiódor Dostoiévski, no clássico romance *Os Irmãos Karamázovi*: “Crê até o fim, mesmo que todos os homens se hajam desviado e tenhas ficado fiel sozinho; leva então tua oferenda e louva a Deus, por teres sido o único a manter a fé”.

Foro privilegiado e corrupção

Em 1998, por ocasião do *escândalo Monica Lewinsky*, o ex-presidente americano Bill Clinton foi investigado pelo promotor independente Kenneth Starr. Pudemos constatar a inexistência de foro privilegiado para autoridades nos Estados Unidos. No Brasil, o ex-ministro da Justiça Miguel Reale Júnior escreveu sobre a desigualdade histórica na distribuição da justiça penal. Desde as Ordenações Filipinas (1647-1830), a penalidade aplicável variava em razão da condição do acusado. Caso um peão dormisse com a mulher de um nobre, sofreria pena de morte porque detinha posição social inferior à do marido traído. No entanto, se o nobre dormisse com a mulher do peão, sofreria pena de morte apenas por decisão do rei. Do mesmo modo, a Constituição de 1824 aboliu a pena de açoites (art. 179, inciso XX), mas o Código Criminal do Império (1830) comina essa pena aos escravos (art. 60). Concluiu Reale: *“Dois pesos e duas medidas, que até hoje perduram a perpetuar as desigualdades perante a lei”* (Preso de fino trato, *Folha de São Paulo*, 07.07.2007).

No final do segundo mandato presidencial, Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 10.628, de 24.12.2002. Conferia nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal, para estender o foro privilegiado a ex-presidentes da República e diversas outras autoridades, ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública. Os foros competentes para julgar aquelas autoridades nos crimes comuns e de responsabilidade, em virtude da prerrogativa da função, seriam o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a autoridade processada. O foro privilegiado também passava a ser competente para julgar as ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.1992).

Felizmente o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a nova lei, porque constituiu evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula nº 394/STF. O legislador usurpou a competência daquela Corte para interpretar a Constituição:

Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior (ADI nº 2.797-DF, min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 19.12.2006).

E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que compete ao juiz de primeira instância o

processamento e julgamento da ação de improbidade ajuizada contra prefeito municipal, ante o reconhecimento, pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça, da inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/2002 (Agravo nº 1.0474.03.008755-2/002, Des. Kildare Carvalho, julg. em 17.03.2005).

Na verdade, a competência por prerrogativa da função, conferida pelo CPP, leva em conta a dignidade da função desempenhada. Se a pessoa deixa de exercê-la, perde prerrogativa que não é dela, mas da função. É a lição de Hélio Tornaghi (*Curso de processo penal*. 5. ed. Saraiva, v. 1, p. 126/127):

A competência por prerrogativa de função, de que fala o Código de Processo Penal, não sugere o *foro privilegiado*. A Constituição republicana de 1891, no § 2º do art. 72, aboliu os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, extinguiu as ordens honoríficas e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de Conselho (grifo no original).

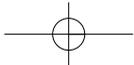
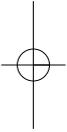
Em pleno século 21, não é admissível que privilégios do século 19 ainda estejam em vigor no Brasil. Configuram violação gritante ao art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Realizamos aqui a fábula de George Orwell, em *A revolução dos bichos*: alguns são mais iguais do que outros...

Outrossim, a Associação dos Magistrados Brasileiros divulgou recente estudo técnico. Dos 130 processos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, entre 1988 e o mês de junho de 2007, apenas 6 foram julgados e não houve nenhuma condenação. No Superior Tribunal de Justiça, de 1989 até o mesmo período de 2007, foram distribuídas 483 ações penais, com o registro de 11 absolvições e somente 5 condenações (<http://www.amb.com.br>, captado em 5 de julho de 2007).

Os tribunais superiores, de fato, não foram aparelhados para julgar originariamente ações criminais e de improbidade administrativa. Estão abarrotados de processos para interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional. Disso decorre a impunidade dos beneficiários do foro privilegiado. Muitos políticos ímprobos se elegendem em busca do odioso privilégio.

Não é redundância assinalar que Antonio Di Pietro, timoneiro da célebre *Operação Mãos Limpas* na Itália, era juiz de primeiro grau. Não se justifica a existência de foro privilegiado no Brasil, onde verificamos elevado grau de corrupção na vida pública. Rudolf von Ihering, em *A luta pelo direito*, advertia para o risco da descrença no Direito:

Qualquer norma que se torne injusta aos olhos do povo, qualquer instituição que provoque seu ódio, causa prejuízo ao sentimento de justiça, e por isso mesmo solapa as energias da nação. Representa um pecado contra a idéia do direito, cujas conseqüências acabam por atingir o próprio Estado. Nem mesmo o sentimento de justiça mais vigoroso resiste por muito tempo a um sistema jurídico defeituoso: acaba embotando, definhando, degenerando.



Censura em alta

Os norte-americanos respeitam a Suprema Corte. Têm consciência da importância do ato do presidente da República ao indicar seus integrantes. A opinião pública acompanha atentamente a sabatina, pelo Senado, dos indicados. Deveras, os juizes da Suprema Corte dos EUA influenciaram historicamente a evolução das liberdades civis. Ao longo de mais de dois séculos, arbitraram questões como escravidão, tributação ilegal, liberdade de expressão, discriminação racial e aborto. O ex-presidente Richard Nixon teve de renunciar depois que a Suprema Corte, por unanimidade, determinou a exibição das gravações de suas conversas com assessores na Casa Branca, durante as investigações do escândalo *Watergate*. Se não renunciasse, sofreria *impeachment*. Alguns dos juizes de então haviam sido nomeados por presidentes republicanos, inclusive o próprio Nixon.

Sobretudo a partir da Constituição democrática de 1988, os brasileiros começam a perceber a importância do Supremo Tribunal Federal. Nossa mais alta Corte tem contribuído para fortalecer a incipiente democracia e merece o respeito dos cidadãos. Porém não deixa de surpreender recente decisão que impediu o acesso do jornal *Folha de São Paulo* aos comprovantes de despesas efetuadas por deputados federais. Medida liminar, concedida nesse sentido pelo ministro Marco Aurélio Mello, fora reiteradamente descumprida pelo eminente deputado Michel Temer, presidente da Câmara. Acabou derrubada por apertada maioria dos ministros da Corte.

Ora, o *princípio da publicidade* exige ampla divulgação dos atos praticados pelos agentes públicos de todos os Poderes e esferas federativas. Como frisa o ilustre professor Carlos Ari Sunfeld (*Fundamentos de direito público*, 1997), se todo poder emana do povo “*é óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem o direito de conhecer tudo o que concerne ao Estado, de controlar passo a passo o exercício do poder*” (arts. 1º, § 1º, e 37 da Constituição Federal).

Isso parece não valer para as cúpulas de Brasília e encerra grave contradição. Em boa hora, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), presidido pelo próprio presidente do STF, obriga juizes e tribunais de todo o Brasil a divulgar suas atividades e outros dados à opinião pública. Pode-se indagar: o que faria o CNJ se juizes e tribunais passassem a recusar tão ampla divulgação? Reconheceria ausência de interesse e rejeitaria eventual reclamação de algum cidadão ou entidade?

A sociedade brasileira percebe com preocupação o incremento da censura aos meios de comunicação. O presidente Luiz Inácio Lula da Silva declarou recentemente: “*Não acho que o papel da imprensa é fiscalizar. É informar*” (jornal *O Globo*, 23.10.2009, p. 4).

Nessa toada, por exemplo, o Sr. Fernando Sarney obteve medida judicial liminar para impedir o jornal *O Estado de S. Paulo* de publicar matérias a respeito de sua suposta influência junto a órgãos da administração pública. Conseguiu ainda levar o respectivo processo a julgamento pela Justiça estadual do Maranhão, onde sua família exerce o poder político há mais de quatro décadas.

Norberto Bobbio desencantou-se com os recorrentes escândalos de corrupção política na Itália. Para o saudoso filósofo,

o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao 'público', permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público, em público (*O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 1989).

Que democracia teremos se a imprensa não puder realizar livremente seu trabalho de investigar e informar?

Maus pagadores

O cidadão brasileiro, que deve aos cofres públicos e pretende voluntariamente pagar a dívida, terá tratamento *vip*. O Poder Público estende o tapete vermelho para receber valores dos contribuintes. Admite o emprego da *internet*, depósito bancário *on-line* e outras facilidades propiciadas pela tecnologia contemporânea.

Se o Poder Público quiser cobrar judicialmente o débito de qualquer cidadão, a legislação é bastante generosa com o credor. Poderá penhorar o patrimônio do inadimplente à sua conveniência. A penhora incidirá até mesmo sobre a casa onde o devedor reside com a família. O patrimônio será vendido em leilão, e o dinheiro obtido será destinado aos cofres públicos. Na atualização do débito, são incluídos correção monetária e pesados acréscimos, tais como juros e multa moratória. Uma bola de neve.

Esse mesmo Poder Público, no entanto, é péssimo pagador. Vejamos o imposto de renda, por exemplo. A declaração pode ser preenchida e enviada em poucos minutos. Todavia, a restituição do imposto pago a mais pelo contribuinte tem sido cada vez mais demorada. A Receita Federal joga com o dinheiro do contribuinte. É preciso honrar os débitos com poderosos credores externos e internos do governo.

Quanto aos débitos judiciais, o cidadão vencedor de uma demanda contra o governo entra em um labirinto de Kafka. Ganha, mas não leva. Quem sabe um dia seus filhos ou netos venham a receber os valores devidos. Um absurdo devido ao art. 100 da Constituição Federal de 1998: “os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios”.

O precatório é um documento que os tribunais enviam aos governos federal, estaduais e municipais, para inclusão dos débitos judiciais nos respectivos orçamentos. Para ser pago até o final do ano seguinte, o precatório deverá ser apresentado até 1º de julho do ano anterior. O pagamento é feito por ordem cronológica de apresentação, com preferência para débitos alimentares (aqueles que garantem o sustento do credor).

União, Estados e Municípios deixam recorrentemente de pagar suas dívidas judiciais e não sofrem nenhuma sanção por isso. Segundo levantamento feito pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seção de São Paulo, o governo paulista deve o pagamento de 10.158 precatórios. Desde o ano 2000, a prefeitura paulistana, por sua vez, desembolsou R\$ 131 milhões para pagamento de precatórios alimentares. O desembolso foi menor do que os R\$ 158 milhões gastos com publicidade, no mesmo período. A OAB-SP pretende denunciar o caso à Organização dos Estados Americanos (OEA). A garantia da celeridade

dade da prestação jurisdicional é direito inalienável da pessoa humana. Assim proclamam as Convenções Europeia dos Direitos do Homem e Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Os precatórios são o maior fator de atraso no cumprimento de decisões judiciais e desprestígio da Justiça. Infelizmente, a reforma do Judiciário, recentemente aprovada pelo Senado Federal, não o eliminará. Os governos cantam como a música popular: “tô nem aí”...

Maus pagadores privados

Recentemente criticamos neste espaço a demora das fazendas públicas federal, estaduais e municipais em honrar o pagamento dos precatórios para quitar débitos judiciais. O Poder Público, litigante intransigente, abarrota a Justiça brasileira com milhares de processos. Infelizmente, poderosos agentes da iniciativa privada adotam idêntica postura. É o que revelou levantamento estatístico divulgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Os dados levaram o ministro Nélson Jobim, presidente do Supremo Tribunal Federal, a pregar a adoção de medidas legislativas inibidoras da protelação do andamento de processos.

A triste realidade da Justiça brasileira é o favorecimento aos governos, empresas e cidadãos endinheirados. As enferrujadas leis de processo permitem um sem-número de manobras que atrasam o final de uma demanda. É irracional e inverossímil a quantidade de recursos permitidos aos tribunais superiores. A decisão de um juiz de primeira instância nada vale. É só figuração.

Quem tem maior poder econômico protela o quanto pode o desfecho de uma ação. Poderá recorrer até a quarta instância. Nesse percurso, chega-se ao absurdo de haver, em um único processo, mais de vinte recursos com nauseantes denominações. Embargos declaratórios, agravo de instrumento, agravo regimental, apelação, embargos infringentes, embargos de divergência, recurso em sentido estrito, carta testemunhável, protesto por novo júri, correição parcial, uniformização de jurisprudência, recurso ordinário, recurso de revista, recurso especial, recurso extraordinário e outros mais. A permissividade é tamanha que, se não houver um recurso disponível, a parte entra com “recurso inominado”.

Hoje se tornou bastante vantajoso protelar ao máximo o pagamento de dívidas aos consumidores e trabalhadores. Uma das causas determinantes dessa conduta são os baixos juros incidentes sobre débitos judiciais. Se o comum dos mortais dever a um banco, pagará juros estratosféricos e diversos outros acréscimos. No Brasil, a taxa dos juros bancários tem ultrapassado o percentual anual de 150%. Em situação inversa, bancos e empresas pagam juros bem inferiores, quando arcam com débitos judiciais.

O Código Civil de 1916 estipulava juros legais de 0,5% ao mês ou 6% ao ano. Se formos estipular juros em contratos, a Lei da Usura somente permite o dobro da taxa legal. Logo, os juros só podiam ser contratados em patamares máximos de 1% ao mês ou 12% ao ano. O Código Civil de 2002 mandou aplicar aos juros legais a “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406). Serão de 1% ao mês ou 12% ao ano (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional). Aplicados os limites da Lei da Usura, chegaremos aos patamares máximos de 2% ao mês ou 24% ao ano.

Negócio da China. Com essas taxas, compreendemos facilmente porque muitas empresas são más pagadoras de débitos declarados pela Justiça. É melhor especular com o valor da dívida na “ciranda financeira”. O cidadão credor fica a ver navios. Desavisado, xinga o juiz.

Para o processualista paranaense Luiz Guilherme Marinoni (*in A antecipação da tutela*, 1998), a morosidade dos processos constitui o principal problema da Justiça civil em nosso País. O procedimento ordinário é injusto com as partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. A tão festejada reforma do Poder Judiciário, até aqui, não se move para solucionar tamanha distorção.

O novo Código Civil

Como salienta o culto jurista mineiro João Baptista Villela, toda a vida do cidadão está envolvida, de um modo ou de outro, por institutos do Direito Civil. A palavra cidadão vem do latim *civis*, habitante da *civitas* (cidade). O Código Civil é o Código do Cidadão.

Clóvis Bevilacqua conceituava Direito Civil como “*o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso*” (*Teoria geral do direito civil*). Nascermos, vivemos, casamos, relacionamo-nos em família e com os vizinhos, celebramos contratos, constituímos patrimônio, respondemos ou somos indenizados por danos e herdamos, segundo as leis civis.

O Código Civil em vigor é de 1916, de autoria do brilhante e saudoso Bevilacqua. Sua filosofia é individualista, inspirada nas codificações do século XIX, especialmente o Código Civil francês de 1804, editado por Napoleão Bonaparte. É um Código aferrado a excessivo formalismo.

Há mais de três décadas, projeta-se a sua reforma. Todavia, muitos juristas opinam no sentido de que Código Civil reformado, após quase trinta anos de tramitação, vigorará desatualizado. Seria mais conveniente a elaboração de legislações específicas, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais. São pequenos códigos e criam, com sucesso, os denominados *microsistemas*.

Carlos Alberto Bittar (*O direito civil na Constituição de 1988*) salientava que a Constituição de 1988 introduziu profundas modificações no Direito Civil brasileiro. Mostrou-se coerente com a evolução processada no Direito Privado e acolheu as noções éticas, sociais, políticas e econômicas que as sociedades modernas têm firmado nos países de inspiração romano-cristã mais desenvolvidos, como a França, a Itália, a Alemanha, a Espanha e Portugal. Norteou-se pelas ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social.

Remanescente da comissão de notáveis juristas que elaborou o projeto da reforma, Miguel Reale (*Sentido do Novo Código Civil*) salienta que, ao entrar em vigor a nova legislação, a 10 de janeiro de 2003, será logo percebida a diferença entre o novo e o antigo Código Civil. Este foi elaborado para um país predominantemente rural, e aquele está projetado para uma sociedade na qual prevalece o sentido da vida urbana. Passaremos do individualismo e do formalismo do antigo *Codex* para o sentido socializante do novo. O Código de 2003 estará mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade. Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos. Nos julgamentos de casos concretos, os valores éticos predominantes deverão ser levados em conta pelos magistrados.

Como grandes novidades da novel legislação, destacamos resumidamente: o capítulo especial destinado aos direitos da personalidade; tratamento unificado das obrigações civis e comerciais; introdução de novas modalidades de

contratos; um livro dedicado ao Direito de Empresa, com modernização das empresas e previsão do emprego de processos eletrônicos na escrituração mercantil; superação de uma série de requisitos formais incompatíveis com o dinamismo da livre iniciativa; diante da função social da propriedade, será reduzido o prazo para a sua aquisição por usucapião; ajustamento do Direito de Família à Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade absoluta entre os cônjuges e entre os filhos; extinção do pátrio poder, agora denominado “poder familiar”; correção das falhas da legislação sobre união estável, estruturada em consonância com a Constituição, que bem a distingue do concubinato; e inclusão do cônjuge na categoria dos herdeiros, em virtude da substituição do regime da comunhão universal de bens, no casamento, pelo da comunhão parcial.

Todos esses temas renderiam outros ensaios específicos. Importa, segundo Reale, verificar que o novo Código Civil vem atender à sociedade brasileira, no tocante às suas aspirações e necessidades essenciais. É indispensável interpretá-lo dentro dos novos parâmetros estabelecidos. Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída.

Poupança violada

A caderneta de poupança é antigo investimento da população brasileira. Atrai as classes menos favorecidas e as pessoas de perfil econômico conservador, porque constitui operação financeira simples e tem remuneração mensal garantida por lei.

No início do governo do presidente Fernando Collor, em 1990, a poupança foi duramente atingida pelo insano congelamento de ativos financeiros. O povo brasileiro demorou a se recuperar do golpe e restabelecer a confiança na caderneta.

O hábito de alterar regras da economia ainda traz graves reflexos para o Poder Judiciário. Até hoje, os tribunais e fóruns brasileiros estão abarrotados de processos, onde poupadores lesados cobram diferenças de remuneração, devidas em decorrência de “expurgos inflacionários” impostos por “pacotes econômicos” do passado. A duras penas, a Justiça tem solucionado essas demandas e reforça a confiabilidade dos investidores.

Tudo isso em contexto histórico no qual o neoliberalismo passou a dominar o globo terrestre e, de modo bem especial, a vida dos brasileiros. Todos tiveram de se render ao “deus mercado”. Autoridades e “doutores” da economia passaram a criticar decisões judiciais que supostamente abalavam a confiança dos “investidores” - leia-se especuladores financeiros. Seriam decisões “indevidamente” protetoras dos direitos dos consumidores.

Esse anticlímax do Estado de Direito foi bem retratado pelo ministro Edson Vidigal, então presidente do Superior Tribunal de Justiça, ao festejar a aproximação do Poder Judiciário com o governo federal. Em controversa entrevista, o ministro Vidigal salientava que tal harmonia ficara mais evidente quando o STJ decidiu pela adoção do IGP-DI, em vez do IPCA, na correção dos preços repassados ao consumidor pelas empresas de telefonia. A medida teria tranquilizado os investidores estrangeiros e o Palácio do Planalto. E arrematava: *“Estando nós na República, não podemos fugir dos compromissos com a governabilidade. Vamos tomar uma decisão para quebrar o país? Isso arreventaria com a democracia”* (O Globo, 29.08.2004).

Embora respeite o ex-ministro do STJ, prefiro acompanhar a lição do jurista e filósofo italiano Giorgio Del Vecchio e vislumbrar o Direito em relação com a ética:

O direito, como princípio universal de operar, domina, com a moral, todas as ações humanas e, portanto, também as que tendem à satisfação das necessidades e à aquisição dos bens materiais. Domina todos os motivos humanos e, portanto, também os de natureza egoística e utilitária. Numa palavra, o Direito domina a Economia (*Direito, estado e filosofia*, 1952, p. 229 e 258).

Pois bem, o governo do presidente Lula violou a segurança jurídica dos poupadores ao instituir tributação sobre depósitos acima de R\$ 50 mil. Reconheço

que a medida atingirá uma exígua minoria de poupadores. No entanto, a primeira violação pode abrir a porta para futuras violações que venham a atingir também os pequenos poupadores.

Tudo isso - é triste dizer - para ceder às pressões do grande capital financeiro, receoso de perder a alta rentabilidade dos diversos fundos de investimento.

O atual governo federal mandou às favas a classe média. Para quem não é “investidor do mercado”, neste País, segurança jurídica é artigo semelhante àquele carrão importado, exposto na vitrine da concessionária, que o assalariado admira de longe sem poder comprar.

E os nossos governantes são coerentes com a doutrina “Sérgio Moraes”: eles se lixam para o povo, mas sempre se reelegem...

Previdência adormecida

“A atitude dum indivíduo ou povo diante duma ofensa ao seu direito constitui a melhor pedra de toque do seu caráter”. (Rudolf von Ihering, em *A luta pelo direito*)

Recente matéria jornalística registrou que a dívida dos devedores do INSS triplicou em cinco anos e soma quase R\$ 180 bilhões. O débito previdenciário de grandes empresas representa 15 vezes o valor a ser economizado com a possível aprovação da reforma previdenciária pelo Congresso.

O governo é mau cobrador. O Tribunal de Contas da União apontou a dificuldade do INSS para cobrar os devedores, atribuindo-a

ao moroso aparato jurídico-processual em que se desenvolve a cobrança dos débitos, excessivamente tolerante, sem equivalente em qualquer Estado Democrático de Direito no mundo, a chicanas e manobras procrastinatórias por parte dos devedores de maior capacidade econômica.

A reforma projetada não cuidou de estancar este ralo de dinheiro público. Apenas ataca na direção de servidores públicos, trabalhadores e aposentados. Essa postura desidiosa é inconcebível em pleno século XXI. Já dispomos de arsenal jurídico propício a coibir o calote contra o INSS.

Com efeito, os direitos evoluíram sensivelmente com o passar dos anos. No auge do Liberalismo (séculos 19 e 20), prevaleceram os direitos individuais, denominados direitos de primeira geração. A partir da década iniciada em 1920, passaram a predominar os direitos sociais (trabalhistas, previdenciários, saúde, educação etc.), chamados direitos de segunda geração. Finalmente, ao findar o século XX, ganharam destaque os direitos difusos (direitos ambientais, do consumidor e congêneres), conhecidos como direitos de terceira geração.

Proclamados os direitos de terceira geração, surgiram conflitos metaindividuais e mudou o conceito de acesso à justiça. Há novas realidades a proteger, como o consumo de massa, meio ambiente e outras categorias de interesses difusos ou coletivos. Existindo a sociedade de massa e o direito de massa, necessitamos também de um processo de massa.

O instrumento ideal para proteger os direitos das coletividades é a ação civil pública. O Ministério Público, através de promotores de justiça e procuradores federais, bem como a sociedade civil, representada por associações e outras organizações não governamentais, podem ajuizar uma única ação para proteger milhares de cidadãos (exemplificativamente, consumidores, estudantes, usuários de transportes públicos e planos de saúde, segurados e assemelhados).

Em notável evolução, os tribunais brasileiros reconheceram que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para responsabilizar autoridades

e funcionários públicos causadores de lesão aos cofres públicos, decorrente de atos de corrupção.

Às entidades de defesa de consumidores se tem reconhecido o direito de propor ação civil pública, por exemplo, para cobrança de diferenças de rendimento de cadernetas de poupança.

A Constituição de 1988 dispõe que a ação civil pública se destina a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, grifei). O equilíbrio financeiro da Previdência Social, para a qual todos os trabalhadores e funcionários públicos contribuem, não será direito difuso a ser protegido mediante o eficaz instrumento da ação civil pública? Por que não começarmos a atribuir a iniciativa dessas ações coletivas aos promotores, procuradores e entidades não governamentais?

Proteção ao idoso

A proteção ao idoso é uma das diretrizes fundamentais da Constituição Federal de 1988, conforme consta do seu artigo 230: “*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*”. Somente em 1º de outubro de 2003 foi promulgada a Lei Federal nº 10.741, chamada *Estatuto do Idoso*, a qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004.

O Estatuto considera idosas as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Assegura a elas o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo-lhes ser garantidas, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Constitui obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar aos idosos, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (artigos 1º ao 3º).

Surgiram as primeiras decisões judiciais sobre o novo Estatuto. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o idoso pode cobrar pensão alimentícia dos seus descendentes e escolher qual deles responderá pelo pagamento. O descendente responsável, condenado pela Justiça a pagar a pensão alimentar para o ascendente idoso, poderá cobrar dos outros descendentes a contribuição de cada um (Recurso Especial nº 775565-SP, ministra Nancy Adrighi, DJ de 26.06.2006). Por exemplo, se uma pessoa idosa passa por dificuldades financeiras e tem quatro filhos, poderá acionar qualquer um deles na Justiça para receber pensão alimentícia. O filho vem a ser condenado ao pagamento de uma pensão mensal de R\$800,00. Este filho é que terá de cobrar dos outros três irmãos a quantia de R\$200,00. Essa decisão propicia ao idoso o recebimento mais rápido da pensão, podendo cobrar judicialmente de um único descendente.

Mais recentemente, o juiz de direito da Comarca de Camaquã (RS) determinou que um filho seja afastado de casa por agressões à mãe octogenária. A decisão se baseou no *Estatuto do Idoso* (Lei nº 10.741/2003).

A ação cautelar de separação de corpos foi instruída a partir de ocorrência policial, segundo a qual o filho vinha maltratando a genitora há dezessete anos. Quando bebia, costumava quebrar coisas dentro de casa e já teria agredido fisicamente a própria mãe.

O magistrado destacou que o Estatuto assegura ao idoso a preservação de sua saúde física e mental e que não será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão. Além disso, estabelece que todo atentado aos seus direitos será punido na forma da lei. Cita que a lei dispõe ser obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, bem como o direito à moradia digna.

“No caso dos autos, as comunicações de ocorrência policial dão conta do caráter belicoso e violento do Requerido, filho da Autora, e constituem a melhor prova que se poderia exigir àquela fase processual”, conclui o julgador, ressaltando a necessidade de se prevenirem novas agressões físicas e verbais. O homem poderá levar consigo seus bens de uso pessoal, não podendo retornar, sob pena de delito de desobediência e cometimento de atentado (*Notícias do TJRS*, 15.09.2006).

Provimento de cargos nos Tribunais Superiores

O Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva tem problemas imensos a resolver nas áreas econômica e social. Nem por isso deverá descuidar da questão referente ao provimento de cargos de magistrados nos Tribunais Superiores.

Durante a campanha eleitoral de 2002, o candidato à Presidência da República Ciro Gomes dirigiu duras críticas às decisões tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nos conflitos emergentes daquela disputa política.

As críticas, de um lado, pecaram pela generalização. Partiram do fato de um dos magistrados daquela Corte, Ministro Nélson Jobim, manter evidentes laços de amizade com o candidato governista José Serra. O TSE é órgão colegiado e colegiadas são as suas decisões de mérito. Dentre os ministros integrantes da Corte, figuram eminentes magistrados de carreira e juristas de escol.

Todavia, sob outra ótica, as reclamações do candidato Ciro Gomes foram oportunas, por permitirem a reflexão, mais que urgente, em torno dos critérios de investidura de magistrados nas Cortes Superiores.

Na tese de doutorado *O direito administrativo e o Poder Judiciário* (Belo Horizonte, Del Rey, 2002), abordei criticamente a questão. O provimento de cargos de juízes dos Tribunais Superiores, por designação do Poder Executivo, politiza indevidamente o Poder Judiciário.

A jornalista Tereza Cruvinel, quando da investidura do Ministro Nélson Jobim no Supremo Tribunal Federal, escrevia: *“O Governo resolveu apressar a ida do Ministro Nélson Jobim para o STF. Acredita que sua presença pode alterar a correlação de forças negativas na mais alta corte”*. Assinale-se que a notável colunista grafou “Governo” com inicial maiúscula e “corte” com inicial minúscula. Parece que Poder, neste País, é só o Executivo. Legislativo e Judiciário são para compor a fachada democrática...

De outra feita, revista de circulação nacional divulgou notícia sobre a declaração do notório Senador Antônio Carlos Magalhães, durante conversa no Palácio do Planalto, no sentido de haver um “controle externo” do Judiciário na Bahia: ele próprio...

O eminente jurista paulista Luiz Flávio Gomes considera políticas as nomeações para as mais altas Cortes. O culto magistrado e professor mineiro Antônio Álvares da Silva assinala que, nos Tribunais Superiores, mesmo para os concursados, as nomeações são guiadas pelos interesses dos partidos políticos, patrocinando indicações.

Nas Cortes estaduais e federais, as vagas do quinto constitucional, destinadas a advogados e membros do Ministério Público, são providas por ato governamental. Essa promiscuidade com o Poder Executivo e os interesses das

correntes político-partidárias - raramente jurídicos - é nociva e deve ser suprimida. Não pode, outrossim, conduzir à falsa ideia de que os juízes sejam agentes políticos.

O clássico Castro Nunes, em seu tempo, já dissecava a natureza especial da função do magistrado. Os juízes têm na Constituição as bases do seu *status*, com garantias expressas, a bem da independência da função em face dos dois outros Poderes. São regras que obedecem a essa inspiração conhecida e peculiares à magistratura. Funcionário na acepção genérica dessa palavra, o juiz é constitucionalmente um funcionário *sui generis*, vitalício, inamovível e de vencimentos irredutíveis. De par com essas garantias constitucionais, não estendidas aos funcionários em geral, os magistrados estão sujeitos a deveres, proibições e incompatibilidades especiais. Estas e outras cláusulas o separam das regras comuns do Direito Administrativo e lhe asseguram direitos de carreira assentados na Lei Fundamental.

O mesmo se diga em relação ao Ministério Público. A investidura no cargo de Procurador-Geral da República não deveria ser da competência do Presidente da República. Para Miguel Reale, nada parece mais absurdo do que o Procurador-Geral da República atuar como *longa manus* da Presidência da República. Se assim o era durante o regime autoritário de 1964, com tanto mais razão o é na vigência da Constituição democrática de 1988, a *Constituição Cidadã* do saudoso Ulysses Guimarães.

Para enriquecer o debate, lembre-se ainda que o candidato Ciro Gomes já foi Governador do Estado do Ceará. Naqueles idos da década de 1990, o então Chefe do Executivo cearense provia os cargos de magistrados no Tribunal de Justiça mediante quais critérios? Indicava juristas aliados, neutros ou inimigos políticos? Deixava de interferir nas designações de juízes para as Cortes Federais do Ceará, inclusive o Tribunal Regional Eleitoral?

O assunto é sério e demanda muita reflexão. Precisamos rever os critérios de provimento de cargos de magistrados das Cortes brasileiras, compatibilizando-os com o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988. O debate não pode passar ao largo da futura Reforma do Poder Judiciário, tão exaltada pelo ilustre Ministro da Justiça, jurista Márcio Thomaz Bastos.

Responsabilidade civil de empresa concessionária de serviços de telefonia

Sumário: I - Introdução. II - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. III - Vulnerabilidade do consumidor. IV - Responsabilidade civil objetiva. V - Inversão do ônus da prova. VI - Indenização dos danos morais. VII - Omissão das agências reguladoras. VIII - Conclusão. IX - Referências bibliográficas.

I - Introdução

São frequentes as reclamações de consumidores em relação à prestação de serviços de telefonia. Pesquisas apontam os serviços de telefonia fixa entre os que deixam os consumidores mais insatisfeitos¹.

A jurisprudência dos tribunais pátrios coleciona inúmeros julgados referentes a defeitos de aparelhos de telefonia, demora na instalação de linhas telefônicas fixas, cobrança por ligações não realizadas, falta de transparência na discriminação dos débitos nas respectivas contas, inscrição dos nomes de usuários indevidamente em cadastros de devedores inadimplentes, dentre outros.

O presente artigo abordará o importante tema da responsabilidade civil da empresa concessionária de serviços de telefonia.

II - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

É inconteste a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Já defendemos a necessidade de se conferir efetividade à regra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. Ela obriga os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos².

Sobrevindo a Lei nº 8.987, de 13.02.1995 (Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas), o seu art. 6º dispôs que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme as normas pertinentes que a lei ou o respectivo contrato estabelecem. *Serviço adequado* é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua

¹Nesse sentido, balanço anual do Procon-RJ (*Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 dez. 2000).

²LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 106-110.

prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, §1º). A *atualidade* compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria da expansão do serviço (art. 6º, § 2º).

Pela definição de serviços contida no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, somente serviços pagos estão submetidos às suas regras. Assinala Cláudia Lima Marques (1999, p. 211):

Interessam ao nosso estudo somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário. Assim, aqueles referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares etc.

[...] A privatização de alguns destes serviços não dilui a posição monopolista do fornecedor e nem ajuda na proteção e realização dos direitos dos consumidores.

A autora (1999, p. 210) ainda cita ementa do Juizado Especial de Pequenas Causas do Rio Grande do Sul, assentando que a companhia telefônica é obrigada a instalar ramal no prazo estabelecido, desde que o promitente-assinante tenha cumprido a sua prestação pecuniária. Não configura motivo de força maior, a justificar inadimplemento, a alegada falta de condições técnicas para fazê-lo, especialmente se já decorreu mais de um ano entre a data do ajuste e da instalação prometida (Recurso nº 1.050/366/92, Rel. Dr. Roberto Laux, julgamento 24.09.1992).

Marques também opina:

Os serviços públicos gratuitos relacionados com o ensino, como os fornecidos por escolas e universidades públicas não se inserem como relações de consumo; *a contrario sensu*, porém, quanto à relação Escola/Universidade Privada - estudante e seus representantes legais, caso menores, a sua caracterização como relação de consumo, visando a prestação de serviços de ensino, não apresenta maior problema (1999, p. 214).

Para Alvaro Lazzarini³

o cidadão terá direito a indenização enquanto consumidor de serviços públicos que lhe causem dano, material ou moral, sendo a responsabilidade de natureza objetiva, tornando-se útil, no entanto, sempre conciliar a pre-

³LAZZARINI, Alvaro. Consumidor de serviços públicos - dever de indenizá-lo enquanto cidadão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora RT, v. 774, abr. 2000, p. 133.

visão do art. 22 do CDC com os conceitos expostos no art. 6º do Estatuto da Concessão e Permissão, que lhe é posterior, em tudo respeitados os princípios da realidade e da razoabilidade⁴.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade da interrupção de serviço essencial. O fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, pelo seguinte fundamento⁵:

O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários.

Igualmente⁶:

Os artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

Coligi jurisprudência, atinente aos serviços de telefonia:

⁴Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, 1997, p. 72), “o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem de alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei mas diante do caso concreto” (grifo da autora). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992:63) *o princípio da realidade* indica que “o Direito rege a realidade da convivência social; não é um conjunto de preceitos descompassados com o que de fato ocorreu, ocorre ou pode ocorrer” (grifo do autor).

⁵Recurso Especial nº 201.112-SC, apud Plínio Lacerda Martins. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - prática abusiva - Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo Ed. RT, v. 778, ago. 2000, p. 110.

⁶Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 8.915-MA, Min. José Delgado, *Diário de Justiça da União*, 17.08.1998.

O cancelamento do direito de uso de terminal telefônico por ato unilateral da concessionária, independentemente de notificação do usuário, após decorridos noventa dias do vencimento da conta sem que tenha sido efetuado seu pagamento, é ilegal, por caracterizar verdadeiro confisco e ensejar enriquecimento ilícito⁷.

Labora com culpa objetiva a empresa de telefonia fornecedora de serviços que, de modo imprudente e negligente, libera diversas linhas telefônicas, sem atentar para a identificação da pessoa com quem contrata e, ao negar àquela em nome de quem estão os contratos o direito à sua primeira habilitação, exigindo-lhe o pagamento de débito indevido, atenta contra seu patrimônio moral, causando-lhe lesão, passível de reparação⁸.

Para a validade da inserção unilateral de serviços de prefixo 0900 em conta de telefone, por seu caráter geral, destarte, familiar, abrangendo pessoas carentes e até incapazes, reclama-se o estabelecimento de critérios técnicos de bloqueio à sua utilização generalizada, que, ausentes, implicam nulidade do suposto ato jurídico e, conseqüentemente, indébito da contraprestação reclamada⁹.

A responsabilidade da empresa privada, prestadora de serviço público, como o de telefonia, é objetiva pelos vícios e defeitos apresentados no serviço, razão pela qual, se não fizer prova da inexistência do defeito indicado pelo consumidor ou que o acidente se deu por culpa de terceiro, tem o dever de indenizar o usuário que, em virtude de mudança dos prefixos das linhas telefônicas, teve o serviço suspenso por considerável período, circunstância que lhe ocasionou prejuízos de ordem material¹⁰.

III - Princípio da vulnerabilidade

O eixo fundamental da hermenêutica consumerista é o *princípio da vulnerabilidade*, consagrado pelo artigo 4º, inciso I, do Código do Consumidor (Cláudia Lima Marques, 1999, p. 147-149). A vulnerabilidade pode ser *técnica* (“o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está

⁷Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Cív. n° 202.657-1, Juiz Herondes de Andrade, *Diário do Judiciário-MG*, 09.03.1996.

⁸Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Cív. n° 330.587-7, Juiz Duarte de Paula, *Diário do Judiciário-MG*, 04.10.2001.

⁹Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível n° 247.868-6, Juiz Nepomuceno Silva, *Diário do Judiciário-MG*, 04.04.1998.

¹⁰1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. 936.323-9, Juiz Antonio Marson, *RT* 789/256.

adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”), *jurídica ou científica* (“falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”) e *fática ou socioeconômica* (“o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”).

Marques conclui (1999, p. 145):

Para nós, esta experiência alemã e alargamento do campo de aplicação *ratione personae* da lei parece indicar que, em se tratando de contratos pré-elaborados unilateralmente, contratos de adesão e de condições gerais dos contratos, a caracterização do contratante como profissional pouca importância tem. Assim, se o direito almeja um reequilíbrio contratual neste campo, deve estender a proteção nestes casos também aos contratos entre dois profissionais, sempre que um deles estiver em situação mais fraca, mais vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça ementou:

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa¹¹.

O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do CDC, não desqualificando a relação de consumo o fato de o bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária¹².

IV - Responsabilidade civil objetiva

Segundo Rui Stoco (2001, p. 90), citando Zanobini, o termo responsabilidade “*serve para indicar a situação toda especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as conseqüências de um fato danoso*”. Stoco comenta:

¹¹Recurso Especial nº 90.366-MG, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Diário do Judiciário-MG*, 13.06.1997.

¹²Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 357.358-PR, Min.^a Nancy Andrighi, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Diário do Judiciário-MG*, 14.08.2001.

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação. [...]

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

A responsabilidade civil, no Direito pátrio, encontra previsão legal no art. 927 do novo Código Civil brasileiro:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No capítulo referente aos atos ilícitos, o Código Civil de 2002 também definiu em seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Doutrinariamente se concebe a responsabilidade civil como dever de se reparar o dano, conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 13):

Os grandes mestres da responsabilidade civil, em suas obras sistemáticas, procuram sintetizar o conceito, deslocando a noção abstrata da responsabilidade civil para a configuração concreta de quem seja responsável, dizendo que ‘uma pessoa é civilmente responsável quando está sujeita a reparar um dano sofrido por outrem’(Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud, *Leçons de droit civil*, v. 2 , n° 374).

A responsabilidade civil objetiva significa que

o agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua, como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato; uma vez que, no exercício de sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo (Washington de Barros Monteiro, 1983, p. 397-398).

Caio Mário da Silva Pereira encarece a noção de *risco*, em que se fundamenta a responsabilidade objetiva (1990, p. 288):

O conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se, em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

O Direito Civil brasileiro - prossegue o civilista pátrio (1990, p. 292) - estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil, no direito privado, repousa na *culpa*. Todavia, em alguns setores, impera a teoria do risco (*v.g.*, acidentes do trabalho; transportes em geral; responsabilidade por fato das coisas; e, mais recentemente, a responsabilidade civil dos bancos marcha para a teoria do risco).

Para Fernando Noronha, civilista catarinense, atualmente estão em declínio tanto a responsabilidade individual como a subjetiva. Firma-se cada vez mais nova responsabilidade, de tendência objetiva e coletiva. Isso evidentemente não fará desaparecer a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade individual, ao término da evolução. Vastos domínios permanecerão sob a alçada da responsabilidade subjetiva. Até mesmo naqueles campos onde se passa a aplicar a responsabilidade objetiva, a regra certamente continuará sendo a da responsabilidade individual¹³.

No que se refere aos serviços de telefonia, a responsabilidade das empresas concessionárias é de natureza *objetiva*. Aplica-se-lhes a regra do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual responde o fornecedor de serviços, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Não bastasse a norma consumerista, aplica-se-lhes a regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse sentido, anoto analogicamente decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

¹³NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 761, mar. 1999, p. 31-44.

Tratando-se de acidente com veículo pertencente a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público de transporte coletivo urbano, impõe-se a análise do feito sob a ótica da responsabilidade objetiva, sendo, portanto, desnecessária a prova da culpa do preposto da empresa transportadora, mormente se não se desincumbiu esta de demonstrar que houve um fator de exclusão de sua responsabilidade, qual seja a culpa exclusiva da vítima na produção do evento ou mesmo a hipótese de culpa concorrente, que pudesse atenuar ou reduzir proporcionalmente a indenização cabível¹⁴.

O Código Civil de 1916 adotava a teoria civilista ou da responsabilidade civil subjetiva, no art. 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Com a expressão “*procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*”, entendeu-se que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitia que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário. Igualmente, a Constituição de 1937. A Constituição de 1946 adotou a *teoria da responsabilidade objetiva*, com ação regressiva do Estado contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em dolo ou culpa. No mesmo sentido, dispuseram as Constituições de 1967 e 1969¹⁵.

Consoante Di Pietro, essa teoria se baseia no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Uma vez que os benefícios decorrentes da atuação estatal se repartem por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade, em decorrência da atuação dos agentes do Estado, devem ser repartidos.

Nela, a ideia de culpa é substituída pela de *nexo de causalidade* entre o ato do agente público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Não importa se o serviço público funcionou bem ou mal, de forma regular ou irregular. É denominada *teoria da responsabilidade objetiva*, porque dispensa a apreciação do elemento subjetivo (culpa ou dolo). É também chamada *teoria do risco*, porque parte da ideia

¹⁴Apelação Cível nº 386.033-3, Juíza Eulina do Carmo Almeida, *Diário do Judiciário-MG*, 05.08.2003.

¹⁵Sobre o assunto, consultamos DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas; 1997, e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Editora RT, 1991.

de que a atuação estatal envolve risco de dano, que lhe é inerente. São atividades potencialmente lesivas.

Na dicção de Hely Lopes Meirelles, a *teoria do risco* compreende duas modalidades: a) *teoria do risco administrativo*, a qual admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior), e b) *teoria do risco integral*, a qual não admite excludentes.

A regra subsistiu no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988. O preceito constitucional consagra a *responsabilidade objetiva do Estado* e a *responsabilidade subjetiva do funcionário*, ao exigir: a) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos (pôs fim às divergências doutrinárias nesse sentido); b) que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executam atividades econômicas de natureza privada (não se aplica a regra às sociedades de economia mista e empresas públicas, se não desempenharem serviço público, aplicando-se-lhes a responsabilidade subjetiva do direito civil; o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que “a *responsabilidade fundada na teoria do risco administrativo não se aplica à sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado*”, in RT 535/199); c) que haja um dano causado a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público (nexo de causa e efeito); d) que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas (agentes públicos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, não importando o título sob o qual prestam o serviço); e e) que o agente, ao causar o dano, tenha agido nessa qualidade (não responde o Estado se o causador do dano não estiver agindo no exercício de suas funções).

Reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que o ordenamento jurídico pátrio consagra a teoria do risco administrativo, não a do risco integral, *verbis*:

A responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o Estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos representativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral. Se o ato jurídico ilícito do policial fora praticado em legítima defesa, não pertencem ao Estado o dever e a obrigação de indenizar a vítima (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 78.569-PR, Min. Firmino Paz, DJU de 02.10.1981).

V - Inversão do ônus da prova

Quando o consumidor ajuíza ação de indenização contra a empresa concessionária de serviços de telefonia, caberá a inversão do ônus da prova, desde que estejam presentes os requisitos da hipossuficiência dos autores e da verossimilhança das suas alegações (art. 6º, inciso VIII, Lei nº 8.078/90).

Assenta jurisprudência pátria:

Constatada pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, impõe-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶.

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é uma faculdade concedida ao juiz, que irá utilizá-la a favor do consumidor no momento que entender oportuno, se e quando estiver em dúvida, geralmente por ocasião da sentença¹⁷.

A regra do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 não determina a inversão do ônus da prova, mas deixa-a a critério do juízo, visando a facilitar a defesa dos direitos do consumidor¹⁸.

Constatada pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, impõe-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor¹⁹.

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é suficiente a verossimilhança do alegado para transferir ao prestador de serviços o encargo probatório, tendo assentado:

Na ação revisional de contrato bancário a instituição financeira pode ser obrigada a juntar documentos demonstrativos da evolução dos débitos e créditos, se houver dificuldade do cliente em fazê-lo, em face do princípio da inversão do ônus da prova²⁰.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1991, p. 90-91) recomenda cautela ao julgador, para não cercar a defesa do réu. Em respeito ao princípio do contraditório, ouvirá o demandado antes de proceder à inversão do ônus probatório.

¹⁶Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 241.244-2/01, Juiz Belizário de Lacerda, *Diário do Judiciário-MG*, 29.08.1998.

¹⁷1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ag. In. 912.726-8, Juiz Roque Mesquita, *Revista dos Tribunais*, v. 780, p. 278, out. 2000.

¹⁸Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ag. In. nº 293.543-3, Juiz Jarbas Ladeira, *Diário do Judiciário-MG*, 06.09.2000.

¹⁹Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Emb. Decl. na Ap. Cív. nº 241.244-2/01, Juiz Belizário de Lacerda, *Diário do Judiciário-MG*, 29.08.1998.

²⁰Ag. In. 198.027.047, Des.^a Genacéia da Silva Alberton, *Revista dos Tribunais*, v. 758, p. 343-344, dez. 1998.

Enfim, não se aplica o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, em face da prevalência do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *apud* Luiz A. Rizzatto Nunes, 1997, p. 346 e 351).

É preciso ter em mente que o Direito do Consumidor veio a lume para eliminar as desigualdades criadas, nas relações de consumo, pela Revolução Industrial, notadamente a partir da segunda metade do século XX. O futuro do Código de Defesa do Consumidor está na dependência do prestígio que essa mudança de mentalidade merecerá de todos os profissionais do Direito. Editado no final do século XX, o Código de Defesa do Consumidor está fadado a atingir a sua plena eficácia no limiar do século XXI, quando poderá produzir todas as modificações sociais a que ele se destina. Tudo dependerá, entretanto, da postura que tivermos em relação a ele, principalmente os magistrados. O Poder, qualquer que seja - Executivo, Legislativo ou Judiciário - tem a cara dos homens que o integram. Será fraco ou forte, corrupto ou honesto, arbitrário ou justo, na mesma proporção em que o forem os homens que o exercem. A Justiça vale quanto valem os seus juizes. É o que preleciona Sérgio Cavalieri Filho²¹. E acrescenta, em outro ensaio doutrinário: “O Código (de Defesa do Consumidor) foi uma verdadeira revolução, para a qual muitos profissionais do direito ainda não atentaram”²².

VI - Indenização dos danos morais

Além dos danos materiais decorrentes da má prestação dos serviços de telefonia ou de vícios dos produtos respectivos, deverá a empresa responsável indenizar o consumidor pelos danos morais. A reparação tem supedâneo na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso X): “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação”.

Volta à baila Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 66):

É preciso entender que, a par do patrimônio, como ‘complexo de relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis’ (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, § 29), o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exornam a sua consciência, os valores afetivos, merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI, *Revista Cidadania e Justiça*, Associação dos Magistrados Brasileiros. n° 7, p. 20-31, 2º semestre de 1999.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora RT, n° 34, p. 102-110, abr.-jun. 2000.

Rui Stoco (1994, p. 395) traz a lúme decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Dano moral. Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Lição de Savatier: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio (1ª Câmara, apelação, Relator Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito).

Comprovada a ocorrência dos fatos, despicienda a comprovação do dano moral, a teor de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Como assentado em precedente da Corte, não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado, assim, o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil²³.

No tocante ao valor da indenização, tem decidido o Tribunal de Alçada de Minas Gerais²⁴:

Na indenização por danos morais, a teoria da proporcionalidade do dano combinada com a do desestímulo não cede frente ao princípio do enriquecimento indevido, devendo antes, ser tais institutos sopesados em harmonia, para a fixação de um valor justo, suficiente para desestimular outras ocorrências semelhantes.

Também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça²⁵:

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

²³ Recurso Especial nº 145.297-SP, Min. C. A. Menezes Direito, *DJU* de 14.12.1998.

²⁴ Apelação Cível nº 257.801-4, Juíza Vanessa Verdolim, jornal *Desafio*, set. 1998.

²⁵ Recurso Especial nº 171.084, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 05.10.1998.

Em se cuidando de empresas concessionárias de serviços de telefonia, considerados o seu porte empresarial e a gravidade dos danos causados aos usuários, a indenização deverá ser fixada em patamares tais que inibam futuras práticas semelhantes.

VII - Omissão das agências reguladoras

Já tivemos azo de refletir sobre o decepcionante desempenho das agências reguladoras²⁶. Ainda está viva na memória dos brasileiros a polêmica em torno do reajuste das tarifas cobradas pelos serviços de telefonia, no ano de 2003. A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, reguladora do setor, autorizou reajustes com índices de até 41,75%. Na mesma ocasião, o governo federal anunciava o registro de deflação de 1%. Os índices acabaram sendo reduzidos pelo Poder Judiciário, deferindo liminares em ações judiciais movidas por consumidores inconformados.

As agências reguladoras surgiram com as privatizações promovidas durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Sua criação visou à regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados por empresas da iniciativa privada, na área de telefonia, petróleo, energia elétrica etc.

São inspiradas nas agências governamentais existentes nos Estados Unidos, simbólicas da democracia e do apreço pela cidadania reinantes na sociedade norte-americana. Lá as agências detêm ampla autonomia. Regulamentam e fiscalizam com rigor e eficácia diversos setores da economia. Agem, se necessário, na defesa dos direitos dos consumidores.

O festejado administrativista Caio Tácito²⁷ afirma que as agências reguladoras brasileiras seguem modelo oriundo do Plano Diretor da Reforma do Estado. Completam a liberação da atividade privada, de natureza econômica. Exercem sobre ela, como representantes do Estado, atuação coordenadora e normativa, para garantir o *interesse coletivo* que representam.

Detêm, segundo o autor, as seguintes características: a) são constituídas como autarquias especiais, afastam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; b) gozam de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; c) são dotadas de poderes amplos de fiscalização, operam como instância administrativa final nos litígios sobre matéria da sua competência; e d) respondem pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo diretrizes do governo e em defesa da comunidade.

²⁶ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Agências reguladoras, jornal *Diário do Comércio*, Belo Horizonte, 9 jan. 2004, seção Ponto de Vista.

²⁷ TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1-5, jul.-set. 2000.

Como se verifica, a legislação pátria conferiu às agências reguladoras o formato jurídico de autarquias especiais. A palavra *autarquia* origina-se do grego *autárkeia*, qualidade do que executa qualquer coisa por si mesmo (Antônio Geraldo da Cunha, 1982, p. 84). São, portanto, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com patrimônio próprio, capacidade de autoadministração, sob controle estatal, e desempenho de atribuições (Hely Lopes Meirelles, 1991, p. 301).

Infelizmente, a realidade demonstra que a oportuna ideia da criação das agências reguladoras foi desvirtuada entre nós. As indicações para os cargos de direção desses órgãos é política, atendendo aos interesses da chamada “base de sustentação” do governo em exercício. Não há preocupações de ordem técnica.

O já referido aumento das tarifas de telefonia foi anunciado por dirigente de empresa concessionária, antes que o fizesse a Anatel. O fato revela promiscuidade entre a agência e o setor regulado. Não há participação dos consumidores nas decisões de seu interesse e tampouco existe transparência nas deliberações. Não exercem as agências efetivo poder normativo e pouco regulam. Janio de Freitas, ironicamente, as considera agências “autorizadoras de aumentos de tarifas”.

Enfim, as agências reguladoras brasileiras estão mal estruturadas e vivem à míngua de recursos orçamentários. Má regulação implica má prestação de serviços, com tarifas abusivas. Acaba por influir negativamente no desempenho da economia brasileira.

Muitas demandas vão desaguar no Poder Judiciário, agravando ainda mais as mazelas da prestação jurisdicional. Contudo, os operadores jurídicos têm de estar cientes de que a Constituição de 1988 determinou ao Estado promover, na forma da lei, a *defesa do consumidor* (art. 5º, inciso XXXII). É também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V).

O consumidor - vale dizer, a sociedade - está ao desamparo. O consumidor individual não tem meios de defesa, pelos custos e dificuldades, para fazer valer seus direitos à própria subsistência, a serviços essenciais, frente às exigências da vida moderna²⁸.

O advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, normas sobre a tutela jurisdicional dos direitos e interesses do consumidor, consoante comentário de Ada Pellegrini Grinover²⁹:

A denominação do Título III do Código do Consumidor - Da Defesa do Consumidor em Juízo - coaduna-se com o *seu espírito, que é de defesa do consumidor*, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não compreende

²⁸ FALCÃO, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1º, 1990, p. 248.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O novo processo do consumidor - O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 124-125.

apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.

Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo - até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual -, exigindo um novo enfoque da *par condicio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas no ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem olvidar jamais as garantias do 'devido processo legal' (grifei).

Não há incoerência com o princípio da igualdade, porque *"a regra da igualdade não consiste senão em quinboar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem"*, escrevia Rui Barbosa, na célebre *Oração aos moços*, acrescentando:

Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

VIII - Conclusão

A prestação defeituosa de serviços de telefonia tem gerado inúmeras ações judiciais, propostas por usuários para obter indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de atos ilícitos praticados por empresas de telefonia.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. É preciso, destarte, impor efetiva aplicação à regra do art. 22 do CDC. O preceito obriga os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, ao fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Na aplicação da Lei nº 8.078/90, o eixo fundamental é o *princípio da vulnerabilidade* (art. 4º, inciso I). Na relação jurídica de consumo, o consumidor está em posição de vulnerabilidade diante do produtor, fornecedor ou prestador de serviços. O Código veio proteger a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa.

A responsabilidade civil das empresas de telefonia é de natureza objetiva, por força do comando contido no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Aplica-se-lhes, outrossim, a regra do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, consagradora da *responsabilidade objetiva do Estado*, pois são pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Verificadas pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, deverá proceder à inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A par dos danos materiais causados por condutas ilícitas das empresas concessionárias de serviços de telefonia, caberá a indenização dos danos morais. Considerando o porte empresarial dessas entidades e a dimensão dos danos extrapatrimoniais causados aos usuários, o magistrado fixará a indenização em patamares tais que inibam futuras práticas semelhantes.

É patente a omissão da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em regular, fiscalizar e punir as empresas de telefonia. Com isso, milhares de conflitos vão desaguar no Poder Judiciário, agravando ainda mais as mazelas da prestação jurisdicional.

Os operadores do Direito, sobretudo os juízes, têm de estar cientes de que a Constituição de 1988 determinou ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII). É também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V). A magistratura não pode mais estar presa a soluções que nada têm a ver com o povo³⁰. Como na canção de Milton Nascimento, a Justiça tem de ir aonde o povo está³¹!

IX - Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração dos moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. Revista *Cidadania e Justiça*, Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, nº 7, p. 20-31, 2º semestre de 1999.

³⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *O juiz na sociedade moderna*. São Paulo: Ed. FTD, Coord. Hélio Bicudo, 1997, p. 67 e 78.

³¹ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O Poder Judiciário no terceiro milênio*. Monografia premiada com a 1ª colocação no 1º Concurso de Monografias do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999). Belo Horizonte: coletânea I Concurso de Monografias do TJMG, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora RT, n° 34, p. 102-110, abr.-jun. 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *et al. Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, v. 1, p. 248.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LAZZARINI, Alvaro. Consumidores e serviços públicos - dever de indenizá-lo enquanto cidadão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 774, p. 126-133, abr. 2000.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Agências reguladoras. *Diário do Comércio*, Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2004, seção Ponto de Vista.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O Poder Judiciário no terceiro milênio*. Belo Horizonte, 2000 (Monografia premiada no 1º Concurso de Monografias do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 1999).

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - prática abusiva - Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 778, p. 100-112, ago. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Editora RT, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *O juiz na sociedade moderna*. São Paulo: Editora FTD, 1997 (Obra coordenada por Hélio Bicudo).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 1994.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1-5, jul.-set. 2000.

Tarifas extorsivas

No mesmo dia em que noticiava o registro de deflação de 1% no Brasil, a mídia anunciou aumento de tarifas dos serviços de telefonia em índices de até 41,75%.

A abusividade é evidente, mas sempre se apregoa a existência de contratos de concessão a amparar os índices adotados. Os contratos devem ser respeitados - eis a cantilena celebrada pelas empresas operadoras do setor. É falácia.

No século XIX, apogeu do Liberalismo clássico, vigorava a máxima romana *pacta sunt servanda* (o que as partes pactuaram tem de ser cumprido). Essa concepção foi incorporada pelo Código Civil Brasileiro de 1916. Por exemplo, alguém vendera imóvel de alto luxo pela quantia de dez mil reais. O preço justo seria um milhão de reais. O vendedor nada poderia reclamar. Deveria ser respeitada a vontade das partes contratantes.

No entanto, o Direito Contratual evoluiu e consagrou a função social dos contratos. Louis Josserand, grande jurista francês, escreveu que a imutabilidade dos contratos é mais aparente do que real. Por trás das fórmulas prontas, segue a vida a um ritmo acelerado.

Nessa linha, o novo Código Civil Brasileiro estipulou que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421). O Código de Defesa do Consumidor, vigorando há mais de 12 anos, permite “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, IV). Igualmente dispôs Código Civil de 2002 (art. 479).

O Superior Tribunal de Justiça, maior intérprete da legislação federal, chancela a moderna concepção do Direito Contratual. Entende superada a máxima de que o contrato faz lei entre as partes. A norma jurídica tem hoje sentido social. Nenhuma previsão contratual tem valor absoluto nem poderes de superar o justo. Os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções sofrem limitações impostas pela ideia de ordem pública. Em outras palavras, dentro da moderna tendência social do direito, aquele que se mostra fraco, ainda que por culpa própria, tem direito de ser protegido.

A Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95) determinou que as tarifas cobradas pelos serviços públicos concedidos às empresas privadas devem ser módicas (art. 6º, § 1º). Outrossim, os contratos de concessão poderão prever mecanismo de revisão das tarifas, a fim de ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro. Vale dizer, a revisão não se impõe apenas em favor das concessionárias, mas também em defesa dos cidadãos consumidores.

O Direito do século XXI não se dissocia da Ética. Como sustentou o notável jurista parisiense Georges Ripert, as regras morais estão penetrando no

mundo jurídico. Existe o dever de não se enriquecer à custa dos outros. As autoridades políticas e judiciárias devem obstar o enriquecimento injusto das empresas de telefonia, em detrimento dos usuários. Chega de abuso!

Terror previdenciário

O escritor mineiro Paulo Mendes Campos era sarcástico: *“Antigamente as coisas eram piores. Depois foram piorando, piorando [...]”* O Brasil parece o mesmo, há quinhentos anos: colonizado pelos interesses globais, plutocrata, excludente e corrupto.

Não há de se negar, contudo, o avanço representado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal nº 101, de 04.05.2000). Estabeleceu o *princípio do equilíbrio das contas públicas*. Todos os entes federativos, com os respectivos Poderes e órgãos públicos, devem cumprir metas de resultados entre receitas e despesas e obedecer a limites de gastos. Em outras palavras, não podem gastar mais do que arrecadam. Referidas limitações atingem a Previdência Social.

Ninguém, em sã consciência, pode ser contrário a tais objetivos. Sobre tudo no Brasil, país de nenhuma tradição de austeridade no trato do dinheiro público. Se essa lei “pegar” – como gostamos de dizer - teremos melhores governos, parlamentos e justiças.

Não obstante o discurso pró-reforma da Previdência Social é superficial e distorcido. Como já fizeram seus antecessores Collor e Fernando Henrique, o presidente Lula destila veneno contra os servidores públicos, genericamente.

São eleitos “privilegiados” (sem reajustes reais de vencimentos há quase uma década!) e “culpados” pelo déficit público. O discurso é falacioso, como demonstram alguns exemplos de práticas ímprobas e perdulárias dos governantes federais, estaduais e municipais:

- 1) recorrentemente, concedem anistia fiscal e oneram os contribuintes pontuais;
- 2) não combatem a corrupção e a sonegação de tributos;
- 3) não cobram dívidas previdenciárias de grandes devedores, públicos e privados;
- 4) gastam rios de dinheiro público com ilícitos objetivos eleitoreiros e publicidade oficial;
- 5) contratam pessoal aos borbotões, ilegalmente e sem concurso (em todos os Poderes e níveis federativos);
- 6) posteriormente, generosos legisladores constituintes aprovam a concessão de estabilidade no serviço público ao pessoal não concursado, mediante os famosos “trens da alegria”; e
- 7) corriqueiramente, recrutam pessoal terceirizado, para exercer funções típicas de servidores concursados.

A ladainha, contudo, é pela reforma previdenciária, assestada raivosamente contra os servidores públicos.

Nesse debate, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela voz do ilustre presidente Cláudio Baldino Maciel, lembra que recursos previdenciários foram empregados outrora na construção da Transamazônica e da Ponte Rio-Niterói, aponta crise de gestão na Previdência Social e defende a realização de auditoria no sistema de previdência (jornal *Valor Econômico*, 09.01.2003): “Os devedores são grandes bancos, grandes empresas ou o próprio governo. A auditoria serviria para descobrirmos os montantes e verificar se o problema é realmente significativo”.

Passa ao largo da polêmica o capital especulativo. Em meu livro *O direito administrativo e o Poder Judiciário* (Belo Horizonte, Del Rey, 2002) apontei:

Em nível federal, o Orçamento da União de 2000 previu a distribuição de 0,23% dos recursos para o Poder Legislativo; 21,94% para o Poder Executivo; 0,07% para o pagamento dos precatórios; 0,77% para o Poder Judiciário e 76,84% para pagamento de juros e correção das dívidas interna e externa.

Enxurradas de reais e dólares vão para as mãos de especuladores nacionais e, sobretudo, estrangeiros.

Na era FHC, disseram-nos que as privatizações resolveriam o problema do déficit público e modernizariam os setores privatizados. Os cidadãos consumidores ficamos hoje com o “mico”: tarifas elevadíssimas de serviços público, apagão, seguro-apagão, transporte público sucateado, dinheiro fácil do BNDES para os “compradores” de empresas estatais e o calote de alguns deles. O déficit público restou multiplicado.

Não nos iludamos. Ainda que se faça a pretendida reforma previdenciária, o tempo demonstrará que o déficit público seguirá em crescimento geométrico e a Previdência Social permanecerá jurássica e ineficiente.

Até que algum novo governante decida que a grande reforma será acabar com os empregos e os salários. E seu sucessor, quiçá, tenha a luminosa ideia de acabar com as nossas vidas.

O debate não percorre o caminho certo.

Terrorismo: até quando?

“A morte de qualquer homem me amesquinha, porque faço parte da Humanidade; portanto, nunca manda saber por quem os sinos dobram. Eles dobram por ti”. (John Donne)

O brutal atentado terrorista de Bagdá, que fulminou o brilhante diplomata brasileiro Sérgio Vieira de Mello, reforça as reflexões sobre o terrorismo no mundo contemporâneo.

Desde os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, quando aviões sequestrados por fanáticos muçulmanos derrubaram as torres gêmeas do *World Trade Center* e atingiram o Pentágono, o Presidente norte-americano George W. Bush e outros líderes mundiais declararam guerra sem trégua ao terror. Promoveram as invasões do Afeganistão e do Iraque.

Em escala mundial, são adotadas medidas restritivas das liberdades fundamentais. Satélites, câmeras, *chips* e outras mirabolantes engenhocas tecnológicas passam a bisbilhotar a vida das pessoas. Nos Estados Unidos está sendo ampliada a rede de espionagem eletrônica. O Sistema de Informações contra o Terrorismo (TIA) autoriza o acesso a dados em poder das empresas para obtenção de informações sobre turistas, estudantes ou imigrantes.

Segundo recente matéria jornalística, pesquisadores norte-americanos já trabalham com câmeras inteligentes, capazes de identificar rostos e avaliar se as pessoas estão tristes, alegres ou nervosas. Parece que chegamos ao estágio inverossímil da ficção do George Orwell, na célebre obra *1984*, onde o Grande Irmão fiscaliza os atemorizados cidadãos durante as vinte e quatro horas do dia.

Não obstante o pavor que o terrorismo incute aos povos das nações civilizadas, seu combate não pode desconsiderar valores universalmente consagrados e proclamados pelas declarações dos direitos fundamentais dos indivíduos. São direitos adquiridos desde o nascimento, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis a quaisquer pessoas (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 1995). A saber: direito à vida, à integridade física e psíquica, ao corpo, à imagem, à voz, à liberdade, à intimidade, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito, às criações intelectuais, dentre outros.

É premente a conscientização dos povos de que, para além da órbita militar, existe o inquebrantável campo do Direito. Não deveremos nos desviar do caminho da legalidade, mesmo tendo os terroristas como inimigos a combater. O melhor combate ao terror deverá se desenvolver pelo caminho da Justiça. No Direito interno dos países e no Direito Internacional encontraremos mecanismos eficazes para reprimir práticas terroristas, sem nos desviarmos das conquistas históricas da Humanidade.

Até aqui, o caminho da força bruta mostrou-se inócuo. Bin Laden e Saddam Hussein não foram capturados. Ato de terrorismo vêm-se multiplicando no planeta, sobretudo nas áreas conflagradas do Oriente Médio.

Por fim, que a morte do notável diplomata brasileiro não nos induza à ilusão de estarmos sãos e salvos do terror. Os brasileiros vivemos a violência cotidiana das cidades e do campo. Esse estado de coisas também precisa mudar com urgência, porque o medo continua vencendo a esperança.